

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 866

(Ano X)

(11/08/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

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.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 99177-3598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



09/08/2018 Kiyoshi Harada

» [Obtenção de benefícios fiscais junto à PMSP por meio eletrônico](#)

ARTIGOS

10/08/2018 Layla Kaboudi

» [A aplicação de sanções administrativas nos contratos administrativos e sua abrangência territorial](#)

10/08/2018 Tamires Menezes

» [A natureza jurídica do software e a proteção conferida no direito brasileiro](#)

10/08/2018 Sergio Augusto Barbosa da Rocha

» [Atuação do juiz leigo à luz da Constituição Federal e da Lei 9.099/95](#)

09/08/2018 Layla Kaboudi

» [Prescritibilidade da pretensão em demandas propostas por parentes de anistiado político perseguido durante a ditadura militar](#)

09/08/2018 João Victor Pereira Martins da Silva

» [A ponderação econômica dos direitos fundamentais](#)

09/08/2018 Thaisa Juliana Sousa Ribeiro

» [A fiscalização das Entidades Fechadas de Previdência Complementar pelo TCU. Interpretação do Acórdão nº 3.133/2012 - Plenário](#)

09/08/2018 Amanda Souza de Castro

» [Orçamento participativo como instrumento de democracia e cidadania](#)

08/08/2018 Lívia do Amaral e Silva Linck

» [O estigma de gênero aplicado a mulher frente uma sociedade patriarcal](#)

08/08/2018 Geylla Maria de Oliveira Marinho Ramos

» [Evolução histórica da legislação brasileira sobre o uso da água](#)

08/08/2018 Benigno Núñez Novo

» [A evolução histórica do direito internacional](#)

08/08/2018 Douglas Belanda

» [A tecnologia e o embate da obra "o caso dos exploradores de caverna"?](#)

07/08/2018 Lívia do Amaral e Silva Linck

» [Teoria do etiquetamento: a criminalização primária e secundária](#)

07/08/2018 Gabriel Fernandes Caldeira Queiroga

» [A corrupção sistêmica no Direito Tributário](#)

07/08/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Atendimento educacional especializado para alunos com deficiência intelectual: política, concepções e avaliação.](#)

06/08/2018 Amanda Souza de Castro

» [Teoria da causa madura no novo Código de Processo Civil](#)

06/08/2018 Ricardo Kaneko Torquato

» [Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: conceito, estrutura e contribuição para o aprimoramento do pensamento jurídico contemporâneo](#)

06/08/2018 Diego Lemos Maciel

» [Assédio moral no ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana](#)

06/08/2018 Benigno Núñez Novo

» [Como escrever um livro e publicá-lo a custo zero](#)

MONOGRAFIAS

07/08/2018 Rodrigo Xavier Soares

» [Possibilidade de prisão do parlamentar federal no exercício do seu mandato](#)

06/08/2018 Aline Fernandes Dias

» [A aplicação da Lei Maria da Penha e do feminicídio como mecanismos para coibir a violência contra a mulher](#)

OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS JUNTO À PMSP POR MEIO ELETRÔNICO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Foi baixado o Decreto nº 58.331, de 20-7-2018, fazendo às vezes de uma lei em sentido estrito, dispondo sobre a obrigatoriedade de apresentação pelos destinatários de benefícios fiscais de declaração por meio do Sistema de Gestão de Benefícios Fiscais - GBF - em substituição ao requerimento por via documental.

Agravou-se, desta forma, a ditadura dos computadores, bem como, o descumprimento de preceito constitucional do art. 5º, inciso II, segundo o qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O que é pior, o Decreto sob exame não é auto-aplicável; depende de "condições a serem estabelecidas por ato do Secretário Municipal da Fazenda" (art. 1º *in fine* e § 3º), circunstância que torna a legislação dúbia, confusa e caótica devido a modificações constantes que caracterizam esses atos normativos de menor hierarquia. É assim que se plantam as sementes da corrupção no campo do Direito Público. Quanto mais complexa, difícil e caótica a legislação tributária, maior é a possibilidade de ocorrências de atos corruptivos. Diz o velho ditado: complicar as coisas para vender facilidades! O mesmo acontece quando há exacerbação da carga tributária que faz com que os contribuintes, sufocados pelo peso da imposição,

busquem meios alternativos de sobrevivência econômico-financeira. Tributos caros financiam a corrupção!

Para fins de apresentação da declaração sob comento consideram-se benefícios fiscais a isenção, a imunidade e o reconhecimento administrativo da não incidência do tributo, assim como a redução do valor do tributo devido.

A apresentação da referida declaração:

I- Fica condicionada a prévia atualização dos dados do Cadastro Imobiliário Fiscal e do Cadastro de Contribuintes Mobiliários, observados os prazos, a forma e as condições constantes da legislação municipal;

II - Não eximirá o declarante de atender a quaisquer convocações realizadas pela Secretaria Municipal da Fazenda para apresentação de documentos comprobatórios de seu direito e/ou condição;

III - Não exonerará o declarante do cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação municipal.

Por fim, o ato do Secretário Municipal da Fazenda definirá os benefícios fiscais que serão requeridos por meio da declaração referida no *caput* do art. 1º, bem como estabelecerá o cronograma e as formas de acesso para a utilização do GBF, que poderá ser afastada por ato do mesmo Secretário da Fazenda, quando as características dos benefícios ou os requisitos legais e regulamentares para sua concessão **assim o recomendarem**. Quando isso acontecer deverão ser utilizados outros sistemas informatizados.

Na verdade, o reconhecimento do benefício fiscal decorre da lei que é vinculante, não ficando a discricão de qualquer autoridade administrativa para reconhecer ou deixar de reconhecer, assim como para invalidar o seu reconhecimento, como facultado neste decreto sob exame.

Enquanto a Secretaria Municipal da Fazenda não disciplinar os procedimentos para declaração por meio do GBF, o pedido de reconhecimento de imunidade tributária deverá ser formulado de conformidade com o Decreto nº 56.141, de 29 de maio de 2015 que instituiu a declaração de imunidade tributária.

A APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA ABRANGÊNCIA TERRITORIAL

LAYLA KABOUDI: Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense/RJ Advogada da União. Pós-Graduada em Especialização em Direito Constitucional.

Resumo: Este presente artigo terá por objeto as características gerais da manifestação bilateral da Administração, ou seja, dos contratos administrativos, bem como o âmbito de incidência das cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, especialmente no que se refere à aplicação de sanções administrativas ao contratado particular.

Palavras-chaves: Contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Sanções administrativas. Alcance territorial

Sumário: 1. Introdução – 2. Contratos administrativos – 3. Características dos contratos administrativos – 4. Aplicação de sanções administrativas pela inexecução total ou parcial do ajuste – 4.1 Alcance territorial das sanções dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 – 5. Conclusão – 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

A manifestação do Poder Público pode ocorrer de três formas:

a) unilateralmente, através da edição de atos administrativos;

b) bilateralmente, através dos contratos administrativos;

c) multilateralmente, através de convênios e consórcios, atos administrativos complexos, nos quais os particulares aderem à vontade

da Administração Pública, para que ambos alcancem o mesmo objetivo, ou através dos contratos de consórcios públicos, regulados pela Lei 11.107/05.

Assim, pode-se dizer que os contratos administrativos são ajustes firmados entre a Administração Pública e o particular, para execução de atividades de interesse público[1]. Sua principal característica é o desequilíbrio contratual em favor do Poder Público, materializando-se através das chamadas cláusulas exorbitantes, em detrimento do interesse particular do contratado.

Conforme será demonstrado, referidas cláusulas decorrem diretamente da Lei, não existindo espaço contratual para serem negociados, razão pela qual pode-se dizer que os contratos administrativos são predominantemente regidos pelo direito público.

Dentre essas cláusulas, o presente artigo dará destaque à aplicação das sanções administrativas, em casos de inexecução parcial ou total do contrato firmado, bem como ao seu alcance territorial, ou seja, se se limita apenas ao ente federativo que aplicou a penalidade ou a todas as esferas de governo.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

São regidos predominantemente pelo regime de direito público, cujo interesse público defendido é o primário, ou seja, da coletividade.

Há uma relação de verticalidade, já que há um desequilíbrio natural em favor do Poder Público, pois este está em uma posição de supremacia em relação ao particular, em razão da presença das cláusulas exorbitantes que são cláusulas legais, independentes de previsão contratual (salvo a multa), que asseguram prerrogativas específicas à Administração Pública, dando contorno público ao contrato celebrado pelo Poder Público e estabilizando o vínculo contratual em favor da Administração.

O STJ reconhece a sua natureza de documento público[2], pois emana de ato do Poder Público, logo é título executivo extrajudicial

(art. 784, II/CPC), dotado de exigibilidade, certeza e liquidez, uma vez que as obrigações estipuladas ao contratado estão especificadas no contrato e no ato convocatório do certame.

3. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos apresentam 5 (cinco) principais características:

a) Formalismo

Os contratos devem observar formalidades para que sejam válidos, ou seja, serem redigidos, publicados, registrados, arquivados etc. assim, vigora o princípio da solenidade das formas, pelo qual o Estado, por gerir bens públicos, deve atuar de forma transparente. Por outro lado, os contratos privados são regidos pelo princípio da liberdade das formas, podendo os particulares pactuarem livremente, salvo se a lei proibir expressamente.

O art. 55 elenca as cláusulas essenciais dos contratos administrativos. Com relação ao prazo para publicação do contrato, deve-se observar o que prevê o art. 21, parágrafo 1º, Lei nº 8.666/93.

Em razão dessas formalidades, o contrato administrativo deve ser escrito, sendo, via de regra, nulos quando verbais.

Somente são admissíveis contratos verbais excepcionalmente, quando de compras até o valor de R\$ 4 mil feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único, Lei nº 8.666/93), isto é, quando o administrador recebeu um adiantamento para fazer frente às despesas futuras de pequeno valor.

b) Celebração *Intuitu Personae*

Aquele que é contratado deve celebrar o objeto do contrato, não cabendo, em regra, a cessão contratual pelo Princípio da Impessoalidade e da obrigatoriedade da licitação.

A Lei de Licitações, no entanto, chega a mitigar esta característica da celebração *intuitu personae* nos arts. 72 e 78, VI, Lei nº 8.666/93. Ao permitir a subcontratação, ainda que parcial, a lei tolera que pessoa não participante da licitação execute obrigação contida no contrato administrativo excepcionalmente.

Na hipótese de subcontratação do art. 72, Lei nº 8.666/93, não há desconsideração do contrato *intuitu personae*, pois o subcontratante (vencedor da licitação) continua responsável perante a Administração contratante.

O art. 78, Lei nº 8.666/93, em seu inciso VI, prevê como hipótese de rescisão contratual a subcontratação parcial ou integral quando não houver previsão contratual ou editalícia. Atenua, pois, o rigor do caráter *intuitu personae* do contrato administrativo.

c) Onerosidade

Em regra, os contratos administrativos são onerosos, têm um custo, até porque os bens públicos só podem ser transferidos de forma gratuita a particulares excepcionalmente.

d) Comutatividade

Os contratos administrativos são comutativos, ou seja, deve haver proporção entre as obrigações das partes contratantes. O que a Administração paga deve corresponder ao serviço prestado ou ao produto fornecido.

Portanto, deve haver uma manutenção das condições apresentadas pelo licitante na proposta, conforme prevê o art. 37, inciso XIX/CR, vigorando o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

e) Cláusulas Exorbitantes

O emprego das cláusulas exorbitantes independe de previsão contratual, pois são prerrogativas do Poder Público em face do particular, cujo principal objetivo é garantir a continuidade do serviço público.

Estas cláusulas estabilizam o contrato em favor da Administração por trazerem prerrogativas legais que beneficiam a Administração, sendo impensáveis nos ajustes firmados entre particulares. O art. 58 da Lei nº 8.666/93 traz um rol exemplificativo de cláusulas exorbitantes:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Dentre as cláusulas exorbitantes possíveis de aplicação pela Administração Pública, dar-se-á destaque, no presente trabalho, à aplicação das sanções.

4. APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PELA INEXECUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO AJUSTE

Primeiramente, deve-se destacar o papel da fiscalização, exercido pela Administração Pública, na promoção do acompanhamento e fiscalização da execução dos serviços pelos contratados, os quais se vinculam aos termos da licitação e da proposta vencedora (art. 3º, caput, 7º, § 2º, inciso II, 40, §2º, inciso II, 44, caput, 54, § 1º, 55, inciso XI, e 66, caput todos da Lei nº 8.666/93).

Dessa forma, cabe ao licitante cumprir as determinações editalícias.

Aquele que deu causa ao inadimplemento, total ou parcial, do contrato estará sujeito a sofrer a aplicação de sanções, conforme o pactuado pelos contratantes. Essa prerrogativa está no inciso IV do art. 58 da Lei de Licitações.

As chamadas sanções administrativas estão elencadas nos arts. 86 a 88 da referida lei:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. [\(Vide art 109 inciso III\)](#)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

É sabido que as cláusulas exorbitantes não precisam constar do contrato. A exceção é a multa, que depende de previsão no edital ou no contrato firmado pelas partes.

As sanções podem ser aplicadas de forma prévia ou concomitante à rescisão. Em regra, não são cumulativas, salvo a multa (art. 87, parágrafo 2º).

Nesse sentido, cabe citar os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

3- Uma vez averiguada a inexecução parcial ou total, bem como o atraso injustificado do contrato, condutas previstas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, nasce para o agente administrativo o dever de tomar as providências cabíveis, instaurando o devido processo administrativo, a fim de aplicar as sanções preceituadas. Trata-se a toda vista, de ato vinculado. (AMS 200551010068401^[3])

II. Dentre as prerrogativas da Administração Pública encontra-se o poder/dever de impor sanções às pessoas que com ela firmam relações contratuais sem a necessidade de prévio provimento judicial, notadamente em razão de inadimplências obrigacionais, seja por atraso no cumprimento da prestação, seja por inexecução parcial ou integral do objeto contratado. AC 9402213961^[4]

Basicamente são 4 (quatro) as sanções: multa, advertência, suspensão de contratar e declaração de inidoneidade.

A suspensão de contratar impossibilita o particular de contratar com o Poder Público por até 2 anos. A declaração de inidoneidade, por sua vez, inibe a empresa de licitar ou contratar com a Administração Pública, não havendo prazo legal máximo para seus efeitos, contudo o parágrafo 3º do art. 87 permite que depois de 2 anos, o particular peça reabilitação, apesar de haver discricionariedade do administrador.

Ambas as sanções dos incisos III e IV do art. 87 produzem efeitos *ex nunc*. não retroagem a ponto de desconstituírem uma relação contratual já firmada, entendimento já firmado pelo STJ. Ademais, não têm o condão de extinguir relação contratual em curso com outro ente da Administração, mas tão somente impedirá novas contratações.

No entanto, a esfera autônoma de atuação administrativa permite que tais contratos sejam rescindidos, desde que observados os art. 77 a 80 da Lei.

Confira-se o seguinte julgado do STJ, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1a. SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25.5.2009).

1. Segundo precedentes da 1a. Seção, a declaração de inidoneidade só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 9.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de licitar ou contratar com a Administração Pública (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.

3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (MS 14.002/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 6.11.2009).

Em face das sanções aplicadas, é comum que os sócios da contratada desejem formar uma nova pessoa jurídica, com os mesmos objetivos, para estabelecerem novo contrato com a Administração. Tal hipótese configura abuso de poder, e, com base no art. 50 do Código Civil, permite a desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, no âmbito do Direito Público, não há previsão semelhante expressa em lei. Apesar disso, o STJ já admitiu a desconsideração nos casos de contratos administrativos, até por aplicação do princípio da juridicidade, que amplia o conceito de legalidade:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da

indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento. (RMS 15166 / BA; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0094265-7; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 07/08/2003; Data da Publicação/Fonte DJ 08/09/2003 p. 262 RDR vol. 27 p. 378 RSTJ vol. 172 p. 247)

4.1 ALCANCE TERRITORIAL DAS SANÇÕES DOS INCISOS III E IV DO ART. 87 DA LEI N° 8.666/93

A doutrina se divide sobre a abrangência territorial das sanções administrativas previstas pela Lei n° 8.666/93, em outras palavras, se elas se limitam ao ente que as aplicou ou a Administração Pública como um todo.

Hely Lopes Meirelles^[5] entende que as sanções se limitam ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, com base na autonomia dos entes federativos e da regra constitucional da licitação, que deve ser regida pela competitividade, logo a restrição dos efeitos territoriais permite uma maior competição nas licitações dos outros entes.

Maria Sylvia Di Pietro^[6], numa posição intermediária, defende que o efeito sancionatório é extensivo para a declaração (deve ser recepcionada pelos outros entes) e restritivo para a suspensão. Para o autor, como o art. 87, IV, Lei 8.666/93, faz alusão à "Administração Pública", cujo conceito está no art. 6°, XI, da mesma lei, a sanção deve ser estendida a todos os entes federativos.

De outro modo, como o art. 87, III, Lei 8.666/93, faz alusão à "Administração", cujo conceito está no art. 6°, XII, da mesma lei, a sanção deve ficar restrita ao ente em que foi aplicada.

José dos Santos Carvalho Filho^[7], numa interpretação teleológica do artigo, entende que o efeito é sempre extensivo, e a sanção deve ser aplicada ante todos os entes federativos, pois, em sua visão, o objetivo do legislador foi justamente infligir ao contratante violador um selo de inidoneidade perante toda a Administração Pública, sob pena de colocar em risco o interesse público e a moralidade administrativa.

O STJ defende que as sanções se estendem para todos os entes da federação em qualquer dos casos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS.

1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo.

2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. Nesse sentido: EDcl no REsp 1021851/SP, 2a. Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009.

3. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87 da Lei 8.666/1993).

4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6o., X, que ela corresponde à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6o. da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União.

6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo.

7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade.

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.

9. Recurso Especial provido (REsp. 520.553/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 10.2.2011).

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido. (REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 294)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação não pode ficar restrita a um órgão do poder

público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido (REsp nº 151.567, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 14.04.2003).

5. CONCLUSÃO

Percebe-se, portanto, que a Administração deve conduzir seus trabalhos em estrita observância às regras estampadas na legislação vigente, **devendo aplicar as penalidades cabíveis**, em caso de inexecução parcial ou total pelo contratado, não decorrendo de mera escolha **do gestor público**.

Ao contrário, cabe à Administração dar cumprimento à regra constante na Lei de Licitações, fazendo garantir a aplicação das sanções administrativas previstas na legislação, as quais, quando aplicadas, não devem se limitar à esfera das quais foram originadas, mas terem aplicação em todos os entes federados.

6. REFERÊNCIAS

- Cretella Júnior, José. Das Licitações Públicas , ed. Forense, 2ª edição, p. 341, 2003).
- Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos , ed. Aide: 2003, 4ª edição, p. 476
- Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31º.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 243
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 25ª. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 281
- Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 305

- Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 206

[2] AgInt no REsp 1523938 / RS - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2015/0071004-2

[3] Fonte: E-DJF2R - Data::06/12/2010 - Página::299

[4] Fonte: DJU - Data::05/11/2007 - Página::220

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 243

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 25ª. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 281

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 305

A NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE E A PROTEÇÃO CONFERIDA NO DIREITO BRASILEIRO

TAMIRES MENEZES: Advogada, Pós-Graduada em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: Nas últimas décadas, o programa de computador tornou-se um fator importante para o desenvolvimento econômico e tecnológico, motivo pelo qual os países passaram a adotar diferentes regimes de proteção. No que tange ao desenvolvimento de aplicativos para computadores pessoais, tornou-se imprescindível a adaptação do ordenamento jurídico às constantes mudanças, na tentativa de acompanhar o surgimento de novas tecnologias. Propõe-se aqui a discussão de algumas questões afetas à natureza jurídica do software e ao regime protetivo brasileiro. O objetivo da pesquisa consiste em determinar o posicionamento adotado no Brasil e, conseqüentemente, de que forma o ordenamento jurídico protege os direitos inerentes aos criadores de programas de computador. Ademais, cumpre ressaltar que o estudo também é pertinente às discussões acerca da natureza jurídica do software, se este é propriedade industrial ou intelectual. O levantamento bibliográfico realizado possibilitou destacar a posição predominante a respeito do tema. Os resultados encontrados demonstraram que ainda há muita discussão no que concerne à insuficiência da proteção autoral. Conclui-se apresentando alternativas, como a adoção de regimes protetivos diferenciados.

Palavras-chave: Software; Natureza jurídica; Proteção; Direito intelectual.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. A CLASSIFICAÇÃO DO *SOFTWARE* COMO BEM JURIDICAMENTE TUTELÁVEL. 2.1 O *SOFTWARE* COMO BEM JURÍDICO INCORPÓREO; 2.2 O *SOFTWARE* COMO BEM MÓVEL; 2.3 A INDIVISIBILIDADE DO *SOFTWARE*; 2.4 O *SOFTWARE* COMO BEM INCONSUMÍVEL E BEM OU SERVIÇO DURÁVEL; 2.5 O *SOFTWARE* COMO BEM SINGULAR E O SISTEMA INFORMÁTICO COMO BEM COLETIVO; 2.6

O *SOFTWARE* COMO BEM PRINCIPAL – 3 O DIREITO AUTORAL E O *SOFTWARE* – 4 O DIREITO INDUSTRIAL E O *SOFTWARE* – 5 PROTEÇÃO JURÍDICA DO *SOFTWARE* NO BRASIL. 5.1 A REGULAMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPUTADOR POR MEIO DA LEI N. 9.609/98; 5.2 DAS MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS RELATIVAS À CONTRAFAÇÃO – 6 CONCLUSÃO – 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico tem suscitado constantes desafios ao Direito, fazendo com que se busque uma evolução consciente e prudente dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, a fim de obter uma resposta a essas novas questões.

Em que pese a proteção jurídica do software consistir em tradicional vertente do direito da propriedade intelectual e contar com inúmeros estudiosos no país, a matéria ganhou relevância e notoriedade apenas com o desenvolvimento e a expansão do acesso à internet e dos meios de comunicação, que acabaram por difundir os programas de computador por todos os setores informatizados de nossa vida.

É nessa seara que se apresenta este trabalho. Partindo da análise preliminar dos pontos de vista de diferentes doutrinadores, buscou-se desenvolver os argumentos e expandir o debate quanto às características capitais dos programas de computador a fim de situar de forma mais clara e precisa a ordem jurídica que o circunda.

Nas três últimas décadas muito se discutiu a respeito da proteção do programa de computador. Durante esse período, diversos mecanismos legais foram considerados.

Historicamente, a alternativa inicial foi enquadrar os programas de computador no direito patentário. Essa possibilidade parecia a mais natural, porquanto sua finalidade real é dirigir as operações do computador, o direito patentário serviria para proteger o desenvolvimento de soluções técnicas implementadas pelo programa. No entanto, essa alternativa se

mostrou, de início, inviável devido aos estritos requisitos de patenteabilidade estabelecidos na maioria das legislações.

Além disso, havia na época discussões sobre a aplicabilidade da sistemática autoral. As características desse tipo de criação e os requisitos da proteção autoral também pareciam afastar a aplicação de um regime destinado a obras intelectuais de caráter cultural e não a criação de natureza meramente utilitária.

A partir da década de 1980, consolidou-se a tendência de adotar o direito de autor como o regime de proteção dos programas de computador. Atualmente, não se questiona mais com a mesma intensidade a conveniência da aplicação do direito de autor ao software. Após a consolidação da proteção autoral, nota-se clara tendência internacional no sentido de harmonizar as diversas legislações, sedimentando o regime protetivo que, ao longo do tempo, foi desenvolvido.

Ocorre que a proteção autoral, limitada pela própria natureza do instituto, restringe-se à forma de expressão do programa de computador por mais que o conceito de forma de expressão possa ser flexível. A expansão do objeto da tutela legal a fim de incluir outros elementos merecedores de proteção certamente extrapolaria os limites estruturais do direito de autor. Ficaram, assim, fora da proteção aspectos altamente relevantes desse tipo de criação.

Por essa razão, na mesma década em que se harmonizou a proteção autoral, consolidou-se a tendência de estender a proteção patentária a programas de computador, seja pela flexibilização das antigas regras, seja pela modificação da disciplina legal comum. Como resultado, o início do Século XXI presencia a coexistência de dois regimes protetivos para programas de computador: o autoral e o patentário.

Embora harmonizado, o regime de direito autoral do software se mostra em fase de transição. Isto porque os aspectos controvertidos da proteção autoral ainda não foram equacionados adequadamente, em parte porque são problemas de substância, em parte porque decorrem da própria natureza do regime protetivo.

Para realizar a análise desses aspectos controvertidos, nos propomos a examinar os diversos mecanismos de proteção do programa de computador, com a finalidade de ressaltar os diferentes aspectos pelos quais a mesma criação pode ser analisada. A coexistência de múltiplos regimes protetivos pode ser justificada pelo fato de ser o software uma criação que transita entre dois ramos diferentes do direito: a propriedade industrial, que cuida da criação industrial, ou seja, aquela de caráter técnico; e o direito de autor, que trata da chamada criação intelectual, ou seja, aquela de caráter dito estético.

Por fim, completaremos o estudo com nossas conclusões a respeito das questões suscitadas, dentre elas a limitação e a insuficiência da tutela pelo direito de autor e as alternativas que podem ser adotadas para adequar o regime protetivo aos objetos perseguidos.

2 A CLASSIFICAÇÃO DO *SOFTWARE* COMO BEM JURIDICAMENTE TUTELÁVEL

A partir de 1980, observa-se uma tendência internacional de caracterização do programa de computador no rol das obras literárias, incluindo-o no regime jurídico de proteção aos direitos autorais. Apesar de tal posicionamento ter sido acatado por diversas legislações, o tema não é pacífico, tendo sido alvo de constantes críticas doutrinárias, até os dias atuais.

Vários foram os mecanismos de proteção propostos em todo o mundo. Dentre eles podemos citar os direitos autorais, a propriedade industrial, a concorrência desleal, o enriquecimento sem causa, a obrigação contratual de não divulgação, o segredo de fábrica, o abuso de confiança, e até mesmo o furto.

Há essa variedade de mecanismos de proteção em virtude da ausência de critérios na identificação da natureza do objeto de estudo. Estudar a natureza jurídica do direito intelectual sobre o programa de computador não é, conforme preleciona Ascensão (1997), "um simples exercício de abstração, mas a correta integração em uma determinada categoria jurídica das características intrínsecas ao objeto em análise".

Para tanto, cumpre fazer o correto enquadramento do programa de computador no plano dos bens jurídicos, a fim de se auferir a regulamentação que sobre ele deverá incidir.

A finalidade prática de um sistema informático é a resolução de problemas no campo empresarial. A finalidade do programa de computador é descrever, em linguagem legível pela máquina a ser comandada, todos os passos que devem ser executados para solucionar o problema.

O procedimento de elaboração de um programa de computador deve ser exposto da seguinte forma:

- a) Fase de análise do problema: é o estudo do problema a ser solucionado e a escolha do processo a ser seguido.
- b) Fase de programação: é a obtenção do algoritmo que melhor solucionará o problema, e sua descrição em linguagem de programação.
- c) Fase de transcrição: é a tradução da descrição do algoritmo em uma linguagem legível pelo computador.
- d) Fase de teste: o programa é testado para verificação de seu funcionamento.

2.1 O *Software* como Bem Jurídico Incorpóreo

Tendo em vista essa breve análise do procedimento de elaboração do *software*, torna-se inegável a assertiva de que ele seja um bem jurídico imaterial – produto do esforço intelectual do programador.

Assim sendo, o programa de computador é um bem jurídico, cuja proteção deve ser concedida por um dos ramos do Direito Intelectual. Entendendo-se, por direitos intelectuais, os direitos sobre coisas incorpóreas. (Carnelutti^[1], 1942, apud Poli, 2003).

Para os romanos, coisas corpóreas eram aquelas que podiam ser tocadas e coisas incorpóreas eram aquelas que não podiam ser tocadas.

Carnelutti (1942, apud Poli, 2003) rompe com o conceito romano dizendo que, quando se trata de uma obra intelectual, o melhor termo seria “coisas imateriais”, pois a expressão coisas corpóreas:

pode fazer supor que a ideia ou, de um modo geral, o objeto das relações aqui consideradas não tem corpo, o que seria um erro. Ao invés, a ideia para ser ideia necessita tomar corpo. Se o não tomasse, continuaria a ser pensamento e, por conseguinte, não mudaria de pessoa para uma coisa.

Segundo Pereira, Caio Mário (1993), a classificação romana dos bens corpóreos e incorpóreos persiste. Porém, o nível tecnológico atual não permite mais que o critério distintivo se atenha exclusivamente à tangibilidade dos bens. Assim, na mesma linha de pensamento de Carnelutti, adota o conceito de *res corporalis* e *res incorporalis* como sendo, respectivamente, “coisa de existência material ou um bem de existência abstrata”, ou seja, *res corporalis* é aquela de existência no plano físico, mesmo que intangível, e *res incorporalis*, aquele de existência no plano intelectual, mesmo que exteriorizada em um suporte físico.

Sendo assim, podemos classificar o *software*, na categoria de linguagem de programação, como um bem jurídico incorpóreo ou imaterial, pois não possui existência física. Desta forma, a doutrina dominante tutela o *software* como bem intelectual, protegido pelo Direito Autoral, e não pelo Direito Industrial, sendo, pois, passível de cessão de direitos e não de compra e venda, por força da Lei de *Software*.

2.2 O *Software* como Bem Móvel

O regime de proteção à propriedade intelectual do programa de computador é conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais, que nos termos do art. 3º da Lei n. 9.610/98, reputam-se, para os efeitos legais, como bens móveis. Portanto, o *software* é considerado um bem móvel por força de lei, podendo seu criador, por exemplo, ceder seus direitos autorais, sem a necessidade de outorga uxória.

Aponta Diniz (2009) a categoria jurídica de bem móvel inerente a todo bem intelectual, ao lecionar:

Assim, um escritor poderá ceder seus direitos autorais sem outorga uxória. A propriedade industrial, segundo o art. 5º da Lei n. 9.279/79, também é coisa móvel, abrangendo os direitos oriundos do poder de criação e invenção do indivíduo, assegurando a lei ao seu autor as garantias expressas nas patentes de invenção, na exclusiva utilização das marcas de indústria e comércio e nome comercial, protegendo esses direitos contra utilização alheia e concorrência desleal.

2.3 A Indivisibilidade do *Software*

A divisibilidade material pressupõe que o bem possa ser partido em proporções reais e distintas, constituindo cada parte um todo perfeito, com a mesma utilidade do todo, de acordo com o que dispõe o art. 87 do Código Civil. Com acuidade, leciona Pereira (2011):

Partindo-se desta ideia, puramente determinada no campo da ciência física, pode-se dizer que um corpo é suscetível de divisão. No terreno da ciência jurídica não pode assentar a mesma regra, porque o critério da divisibilidade do direito é outro. Não importa, para definir a divisibilidade, admitir que materialmente tudo seja disto suscetível. Exige a ciência jurídica, então, a ingerência de um outro requisito: que a fragmentação respeite as qualidades do todo.

A divisibilidade imaterial, também denominada de intelectual, é a divisão em forma ideal, no caso de frações ideais de um determinado imóvel. A propriedade intelectual, como obras de arte, livros, patentes, marcas, dentre outras, possui como característica sua indivisibilidade como bem jurídico, já que, uma vez fracionada, perde a sua qualidade inicial.

A indivisibilidade do *software* é inequívoca, pois qualquer alteração em sua substância conduz à perda de sua funcionalidade, qual seja, a capacidade de prestar as mesmas funções que o todo prestava, da mesma forma, já que seu fracionamento resulta também numa perda econômica.

2.4 O *Software* como Bem Inconsumível e Bem ou Serviço Durável

O Código Civil em seu art. 86 estabelece que são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também assim considerados os destinados à alienação. O *software*, segundo esta classificação, admite-se como um bem inconsumível, já que seu uso é prolongado sem que desapareça ou se destrua sua substância.

Já, o regramento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), quanto à matéria, aplicar-se-á sempre que a criação do programa de computador ou sua licença de uso se amoldar às linhas previstas pelo CDC, em que estão envolvidos consumidor e fornecedor, desde que seu objeto seja um produto ou serviço. Wachowicz (2010) aponta:

Partindo-se dos conceitos de produto e de serviços, dispostos pelo Código de Defesa do Consumidor, podemos adaptar perfeitamente as definições aos produtos e serviços provindos do setor de informática, observando ainda os encargos que o fornecimento dos produtos e a prestação dos serviços em questão podem gerar.

[...]

Preceitua o §1º do art. 3º do CDC que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Nesse sentido, podemos entender como produtos principais advindos do setor de informática os **softwares** e os **hardwares**.

Além de inconsumível, segundo a classificação da lei civil, o *software*, constituindo-se em fruto da produção intelectual do ser humano, será,

perante o Código de Defesa do Consumidor, enquadrado como um bem ou serviço durável, cuja garantia se estende por 90 (noventa) dias.

2.5 O *Software* como Bem Singular e o Sistema Informático como Bem Coletivo

A última distinção feita na lei civil ao considerar os bens em si mesmos se refere aos bens singulares e aos bens coletivos, considerando bem singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de *per si*, independentes dos demais, conforme disposição do art. 89 do Código Civil.

Segundo esta classificação, o *software* é admitido como bem singular considerado em sua individualidade, porque possui existência própria e independente do meio físico em que está envolvido. Ademais, o *software* é um bem singular porque, embora reunido com outros, é possível distingui-lo, individualizá-lo e até mesmo separá-lo dos demais.

Em se tratando de sistema informático, entende-se este como sendo um bem coletivo, considerado como um conjunto de programas de computador que formam o sistema, que é um bem coletivo em si.

Trata-se, portanto, de perceber o sistema de *software* como uma pluralidade de outros bens homogêneos ou heterogêneos, ligados entre si, por vontade do homem, em razão de sua destinação, isto é, de uma relação funcional. O sistema informático é, assim, mais precisamente, uma universalidade de fato, sendo definido, portanto como um bem coletivo.

2.6 O *Software* como Bem Principal

Na classificação de bens reciprocamente considerados como principais e acessórios, o programa de computador se apresenta como um bem principal, ou seja, que tem existência própria, não dependendo de outro para existir.

A importância de considerar o programa de computador como um bem principal em si é fundamental para o enfoque tributário do negócio jurídico que envolve a aquisição do *software*.

A esse respeito, aponta Pereira (2011):

Com efeito, sendo o *software* um bem imaterial não passível de compra e venda, mas tão-somente de cessão de direito, sua aquisição se realiza por meio de licença de uso do programa de computador, que está apenas hospedado em um meio físico (*hardware*), que lhe serve de suporte. Não se pode supor que no licenciamento de um programa de computador se vislumbre a incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), pois inexistente o fato gerador que é a compra e venda de um produto ou a contratação de um serviço.

Quer-se com isto dizer que o *software* é um bem imaterial que tem existência própria e se desprende de todo e qualquer meio físico que lhe dê suporte, ensejando que o tratamento jurídico lhe seja específico, bem como distinto dos aplicáveis a bens corpóreos.

Ademais, o desenvolvimento tecnológico atual demonstra que é perfeitamente possível o desenvolvimento de *softwares* desvinculados do meio físico que se possa exprimir, uma vez que a evolução tecnológica dos equipamentos físicos se dá de forma distinta.

3 O DIREITO AUTRAL E O *SOFTWARE*

É grande o número de juristas que defendem a concessão da proteção autoral ao programa de computador classificando-o como obra literária, conforme o art. 2º da Convenção de Berna^[2], a seguir transcrito:

Art. 2º - 1) Os termos 'obras literárias e artísticas' abrangem todas as produções de domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantominas; as composições musicais, com ou sem

palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

É dominante o posicionamento doutrinário no sentido que delega ao programa de computador a mesma natureza das obras literárias. Esta corrente sustenta a tese de que o texto do art. 2º - 1 da Convenção de Berna não restringe o conceito de obras literárias e artísticas às obras ali enumeradas. O texto do art. 2º seria apenas exemplificativo, e que o termo obra literária e artística deve ser entendido de forma ampla, abrangendo não só as obras ali enumeradas, como também as demais produções que, apesar de não estarem expressamente elencadas, compartilhem da mesma natureza.

Acrescentam, portanto, que, apesar de o programa de computador não ter sido expressamente elencado no texto do referido artigo, compartilha da mesma natureza de obra literária e artística, enquadrando-se na proteção autoral.

Ulmer e Kolle^[3] (1985, apud Santos, Manuel, 2008), expressam, de forma sucinta, os argumentos em prol da adoção do regime autoral. Para eles:

[...] os programas de computador podem ser facilmente incluídos entre as obras literárias dentro do significado do art. 2º - 1 da Lei do Direito Autoral. Contrariamente às opiniões pretéritas, eles não são apenas simples representações de natureza científica ou técnica, ou uma combinação de obras literárias e tais representações, embora a distinção não pareça ser de importância especial do ponto de vista jurídico.

Mesmo se forem redigidos, em grande porte, numa linguagem artificial específica, compreensível apenas para especialistas (linguagem simbólica e de alto nível, linguagem *assembly* relacionada com a máquina etc.), eles contém todos os elementos característicos das linguagens: letras, números, caracteres e outros símbolos.

A adoção para o programa de computador do regime protetivo autoral é defendida por grandes juristas, que afirmam, categoricamente, que o *software* é uma obra literária, sendo, dessa forma, amparada pela Convenção de Berna.

Ocorre que, apesar da concessão de proteção jurídica pelo regime protetivo autoral ter sido acatada pela grande maioria das legislações, e seguida também pelo entendimento doutrinário dominante, ela é alvo de controvérsias tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial.

A defesa do regime se fundamenta em dois pontos. O primeiro é o caráter exemplificativo do texto do art. 2º - 1 da Convenção de Berna, e o segundo é a possibilidade de se incluir o programa de computador na mesma categoria das obras protegidas pelo referido artigo.

Quanto ao primeiro argumento, de que a enumeração do art. 2º - 1 da Convenção de Berna tenha caráter exemplificativo e não taxativo, não pairam dúvidas. Analisando, a título elucidativo, o referido artigo, tem-se que deve ser feita interpretação extensiva de seu preceito a fim de se depreender a intenção do legislador, e, por conseguinte, a possibilidade de enquadramento das demais obras que possuam a mesma natureza das ali enumeradas.

A definição presente no art. 2º da Convenção de Berna expressa que os termos “obras literárias e artísticas” abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como [...], a partir daí, o texto enumera diversas obras que ali se incluem.

A utilização das palavras “abrangem, todas, qualquer e tais como” demonstra claramente que a *mens legis* ali contida é a de se definir a categoria de forma ampla, de modo a não restringi-la aos casos enumerados.

Além disso, tem-se que a categoria mencionada é demasiado ampla para se enumerar em um texto legal todas as suas espécies. E mais, o desenvolvimento tecnológico da civilização implica, necessariamente, o surgimento de novas formas de expressão, o que tornaria a enumeração legal obsoleta em um curto lapso de tempo.

Tendo em vista o objetivo da norma, tem-se que seu conteúdo deve ser interpretado extensivamente. O art. 2º - 1 da Convenção de Berna, portanto, protege não só as obras ali elencadas, como também as demais obras que pertençam à mesma categoria.

À parte a constatação de que a enumeração prevista na Convenção de Berna seja meramente exemplificativa, resta, ainda, a análise do segundo argumento, ou seja, se os programas de computador se ajustam ou não na categoria das obras literárias e artísticas.

A questão, porém, não é tão simples assim. O Direito Intelectual se divide em dois ramos, o direito autoral e o direito de propriedade industrial. A proteção autoral incide, exclusivamente, sobre a forma de exteriorização, e a proteção à propriedade industrial incide sobre os processos ou esquemas, dentre outros bens.

A defesa da adoção do regime autoral se baseia no fato de que o processo de elaboração do programa é criativo e que o programa final seria, conseqüentemente, passível da tutela autoral. Entretanto, a conclusão da assertiva não é tão lógica como parece ser.

Tem-se que o funcionamento de um computador nasce de uma combinação binária. Para acionar o computador e fazê-lo executar as tarefas desejadas, o programador elabora um processo lógico, baseado em algoritmos (fórmulas executáveis).

Na elaboração desse processo, identifica-se a existência de escolhas pelo programador, donde se conclui que o processo é fruto do esforço intelectual do programador.

A partir daí, o programador precisa fazer com que o computador execute o processo por ele elaborado. Para tanto, ele se utiliza de alguma linguagem informática, que nada mais são que fórmulas, expressão fiel do programa – ato mecânico. A proteção autoral das obras literárias, artística, e científicas incide sobre a forma de exteriorização. No caso do programa de computador não há criatividade na forma de exteriorização.

A forma de exteriorização do programa de computador é destinada à máquina, portanto, deve ser legível por esta. E, no campo científico, é inegável que a única linguagem que o computador entende é a linguagem de máquina, que se utiliza exclusivamente do alfabeto binário, constituído por dois únicos símbolos, 0 (zero) e 1 (um).

Além disso, mesmo que a forma de exteriorização do programa fosse criativa, o que se admite apenas para aprofundamento do debate, o seu produto final não seria uma obra subjetiva, mas sim um esquema objetivo destinado a regular o funcionamento de uma máquina processadora de informação. Ascensão (1997) afirma que “o programa é um processo ou um esquema para a ação”, portanto, passível de ser incluído no regime de propriedade industrial. (Poli, 2003)

O art. 8º, I, da Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), positiva o referido princípio, excluindo os esquemas da tutela ali conferida. Dispõe o supramencionado artigo:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I – as ideias, procedimento normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais.

[...]

Para Tridente (2009), o programa de computador definitivamente não se inclui na categoria de obras literárias ou artísticas previstas no art. 2º - 1 da Convenção de Berna. A concessão da tutela autoral, para ela, é decorrente da pressão internacional exercida com o intuito de que o programa de computador recebe a proteção autoral. E acrescenta dizendo que a fórmula do programa é uma linguagem, mas não pode ser confundida com a obra de expressão linguística tutelada pelo direito autoral.

Conclui, dizendo que o programa é a expressão de uma ideia fundamental, um algoritmo, e, como tal, não admite a tutela pelo direito de autor. E mais, que:

no que respeita à fórmula por que se exprime, temos de perguntar se todo o programa de computador não representará a expressão obrigatória de um programa ou processo [...] a obra literária ou artística caracteriza-se pela criatividade no modo de expressão. Mas aqui, o modo de expressão não é criativo, mas servil. Criativo poderá ser o processo; mas este, não é o objeto idôneo do direito de autor.

Borruso^[4] (1999, apud Grossi, 2005) compartilha do mesmo ponto de vista afirmando que o trabalho do programador é meramente "*tecnico e di routine*".

Por fim, o programa de computador não pode ser considerado uma obra literária por ser um esquema e por faltar-lhe criatividade na forma que se exterioriza.

A tentativa de se incluir o programa de computador na mesma categoria da obra literária parte da confusão entre o ato inventivo e o ato criativo. Poli (2003) diferencia ato inventivo e ato criativo da seguinte forma:

Denomina-se ato criativo a exteriorização da criação intelectual captável pelo espírito humano. Um

animal, ou uma máquina são alheios a esta criação intelectual, pois ela pertence a uma ordem subjetiva.

Denomina-se ato inventivo a elaboração de um sistema, processo, método ou esquema intelectual destinados à execução. Pertencem, assim, a uma ordem objetiva. Podem ser legíveis pelas máquinas, ou até mesmo por animais.

Portanto, ao seguir determinado esquema (programa de computador), para a realização de alguma tarefa, o computador compartilha unicamente da ordem objetiva que lhe é transmitida. Até-se à aplicação de operações lógicas pré-determinadas. Do contrário, seria conferir-lhe atributos do espírito humano, o que beira o absurdo.

O estudo da natureza jurídica é um trabalho científico de inclusão do bem a ser tutelado, em uma determinada categoria jurídica. Esta inclusão não pode ser aleatória, nem, ao menos, contraditória. Há que se observar, corretamente, a adequação das características individuais do bem jurídico às características genéricas da categoria em tela.

4 O DIREITO INDUSTRIAL E O *SOFTWARE*

O Direito Intelectual abrange o domínio das artes e das ciências (direitos autorais) e o domínio industrial e comercial (propriedade industrial). O regime jurídico de proteção à propriedade industrial tem por objeto as marcas, patentes, segredos de fábrica, concorrência desleal, dentre outros, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 9.279/96.

No caso específico do programa de computador, foi proposto o amparo pela proteção jurídica aos privilégios de invenção. Esta foi a primeira forma de proteção proposta para o programa de computador em diversas legislações.

Patente de invenção é o ato estatal de concessão ao inventor do direito intelectual sobre o bem imaterial por ele inventado, o que lhe assegura, temporariamente, a propriedade e o uso exclusivo do bem.

A invenção é um bem imaterial, resultado do trabalho intelectual do homem. É uma criação intelectual de caráter técnico. Lobo (1997) a conceitua como “um meio de satisfação das exigências e necessidades práticas do homem”. Ilustra dizendo que as necessidades do homem são a origem de todas as invenções.

Poli (2003) classifica as invenções em invenção de produto ou invenção de processo, aduzindo que “a primeira tem como resultado final um bem material e a segunda um bem imaterial, ou seja, o processo técnico de obtenção de determinado resultado”.

Comparando-se a classificação de invenção com o procedimento de elaboração do *software*, acima explicitado, é fácil concluir que seu enquadramento jurídico deveria estar no regime protetivo da propriedade industrial, e não no regime protetivo do direito autoral. O programa de computador nada mais é que uma invenção de processo; é o método operacional do computador.

O *software* tem a finalidade de solucionar problemas no campo empresarial, ou seja, como a invenção, decorre da necessidade humana de resolução dos problemas práticos que se lhe apresentam. O programa de computador nada mais é que um processo prático destinado a fazer funcionar uma máquina processadora de informações, a fim de solucionar os problemas de seus usuários.

O pensamento de Borruso (1999, apud Grossi, 2005) explica a natureza do programa de computador. Para ele, o *software* não é o fruto de um momento de “*estro creativo*”, tendo sempre a necessidade de um longo e paciente teste para se verificar sua correspondência com os objetivos prefixados. Esta correspondência é o único aspecto que interessa ao usuário. Não há interesse na personalidade do programador. Desta forma, sua natureza se assemelha mais a um produto industrial que a uma obra de arte.

A partir da constatação de que devido a sua natureza, o programa de computador se amolda à categoria de propriedade industrial, uma indagação adquire vultosa importância: por que, desvirtuando-o de sua

categoria natural, o *software* deixou de ser amparado pelo regime jurídico da propriedade industrial e passou a ser amparado pelo regime jurídico do direito autoral?

Ascensão (1997) acredita que as razões para o fomento da adoção do regime protetivo autoral foram pressões internacionais. A adoção do referido regime interessaria aos países produtores de programas, pois, segundo ele, o direito de autor dá proteção mais extensa que a propriedade industrial. Enumera fatores, como o de que a proteção autoral é automática, independente da obrigação de se revelar a fórmula do programa, contrariamente à proteção industrial. E mais, que a qualificação como direito de autor enquadraria o programa no âmbito de proteção de leis e convenções internacionais já sedimentados em vários países, o que facilitaria a sua proteção em nível internacional, já que não seria mais necessária a criação de dispositivos legais específicos para tutelar os programas de computador.

5 PROTEÇÃO JURÍDICA DO *SOFTWARE* NO BRASIL

O primeiro texto legal a tratar sobre o cadastramento de programas de computador no Brasil foi a Lei n. 7.232/84, com as modificações trazidas pelo Decreto-lei 2.203/84; elas cuidaram não só da proteção da criação intelectual (*software*), como também da comercialização no país de produtos nacionais e estrangeiros, instituindo regimes diferenciados, em virtude da então orientação de reserva de mercado.

O cadastramento prévio de programas de computador junto ao Sistema Eletrônico de Informações – SEI era condição essencial de comercialização, em especial perante os órgãos públicos. Implicava a validade e eficácia de qualquer negócio jurídico relacionado ao programa de computador o cadastramento anterior no SEI. Este requisito era indispensável, tanto na esfera cambial, quanto para efeitos fiscais, respeitadas as disposições previstas em legislação específica.

Frise-se, quanto à abrangência, que somente seriam passíveis de cadastramento no SEI os programas de computador que fossem comercializados no país. A documentação do programa constante do registro visava instruir o exame de similaridade, podendo o SEI solicitar

informações sobre a lista das funções do programa, seu desempenho em termos de memória principal e secundária, seu tempo de processamento, sua capacidade de processamento e número de arquivos, além de manuais, lista de preços, preço certo por cópia, dentre outros itens. Daí, a razão de o cadastramento junto ao SEI possuir validade mínima de três anos, condicionada sua renovação à inexistência de programa de computador similar.

Quanto ao registro, no sistema legal brasileiro foram instituídos dois tipos de registros para a proteção dos programas de computador: um para sua comercialização e outro para sua criação, ou seja, para a proteção dos direitos autorais propriamente ditos. Tais registros de programas de computador foram instituídos pela já revogada Lei n.7.646/87, em seu art. 8º.

Contudo, a obrigatoriedade do registro do programa de computador junto ao SEI foi extinta com a edição da Lei de *Software*, Lei n. 9.609/98, que dispôs em seu art. 2º, §3º que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

Embora não mais de caráter obrigatório, a Lei de *Software* facultou ao titular o registro de seu programa de computador junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

O tema da proteção da criação intelectual merece uma análise mais cuidadosa, na exata medida em que a própria Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, deixou a critério do titular dos direitos autorais sobre o *software* efetuar ou não o registro do mesmo junto ao INPI. Dispôs em seu art. 3º que “os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia”.

De tal forma, o governo federal, por meio do Decreto n. 2.556, de 20 de abril de 1998, regulamentou este artigo 3º, dispondo sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no país.

Estabeleceu o Decreto n. 2.556/98 em seu art. 1º que:

Art. 1º Os programa de computador poderão, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

§1º O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I – os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas;

II – a identificação e descrição funcional do programa de computador; e

III – os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo.

§2º As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Contudo, a própria Lei do *Software*, ao tratar da proteção efetiva dos direitos autorais, criou duas condicionantes ao seu efetivo exercício ou proteção, dispostas no §2º, do art. 2º, que preleciona que “fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação”.

Portanto, a teor da Lei do *Software* e seu Decreto regulamentador, para que fique assegurada a titularidade dos direitos autorais sobre o programa de computador, faz-se mister a comprovação de sua autoria, seja

por meio de publicação ou da prova de sua criação, sendo esta passível de questionamento na esfera judicial.

Para tanto, a documentação do programa de computador constante do registro, é de inteira responsabilidade do requerente que almeja a proteção da obra, conforme prevê o art. 2º, do Decreto 2.556/98.

Acrescente o entendimento de que devem ser trazidos para registro junto ao INPI as partes principais do programa fonte. Isto porque é por meio dos documentos arquivados junto ao INPI que se poderá fazer o exame de mérito numa ação judicial referente à violação de direitos autorais de programas de computador.

Ressalte-se que, quanto à abrangência territorial, o registro do programa de computador no INPI difere dos casos de marcas e patentes, porque o registro do *software* possui abrangência territorial internacional.

O mesmo ocorre com os programas de origem alienígena, desde que procedentes de Estado que tenha acordo de reciprocidade na proteção aos autores brasileiros.

Neste último caso, não se faz necessário o registro do *software* estrangeiro no Brasil, salvo nos casos de cessão de direitos ou de transferências de tecnologia.

5.1 A Regulamentação do Programa de Computador por meio da Lei n. 9.609/98

A Lei n. 9.609, promulgada em 16 de fevereiro de 1998, veio a regulamentar a proteção da propriedade intelectual sobre o programa de computador e sua comercialização no Brasil.

Inaugura seu primeiro capítulo com a definição legal de programa de computador tendo-o como a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em um suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, cujos dispositivos, instrumentos

ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, visam fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

O segundo capítulo da Lei determinou para a proteção jurídica do *software* o regime de Direitos Autorais. Em seu art. 2º, limitou os direitos morais à faculdade do autor de reivindicar a paternidade sobre a criação e o direito de opor-se a alterações não autorizadas.

Contudo, o prazo de proteção foi ampliado para 50 (cinquenta) anos em relação aos 25 (vinte e cinco) previstos na legislação anterior (Lei n. 7.646/87), tornando facultativo o registro do *software* perante o INPI, o qual deveria ser devidamente documentado, assegurando-se o sigilo do seu teor.

No art. 6º, a Lei tratou de precisar os limites dos direitos autorais do titular do programa de computador, não consistindo em ofensa: a reprodução do *software* em um único exemplar *back-up*; a citação parcial para fins didáticos desde que com a identificação do *software* e o seu titular; e a ocorrência de semelhança entre programas por força de características funcionais de sua aplicação, ou de preceitos normativos, técnicos, ou ainda da limitação de forma alternativa para a sua expressão.

A Lei de *Software*, em seu art. 4º, houve por bem estipular sobre a criação intelectual do programa de computador, fruto de vínculo celetista, estatutário e contratual, outorgando proteção à empresa contratante dos direitos relativos ao programa de computador com tal subordinação desenvolvido.

No capítulo terceiro, a Lei tratou das garantias inerentes ao uso do *software*. Assim, aos usuários do programa de computador está garantida a assistência técnica, prestada por quem havia comercializado o produto, bem como pelo titular dos direitos autorais respectivos. Tais responsabilidades persistiram inclusive no caso de retirada de circulação comercial do *software* pelo decurso de seu prazo de validade, salvo mediante justa indenização dos eventuais prejuízos sofridos pelo usuário, nos termos dos arts. 7º e 8º da referida lei.

Já os contratos informáticos foram abordados no capítulo quarto da lei e, ainda assim, de forma genérica. Define a lei o contrato de licença de uso de *software* como sendo o meio jurídico adequado para o uso de programas de computador e, na sua eventual inexistência, o documento fiscal relativo à aquisição do *software* ou licenciamento, conforme explicitado no art. 9º da lei.

A lei também regulou os contratos de licença de direitos de comercialização, dispondo como obrigatórias as disposições sobre: os tributos e encargos exigíveis de produto de origem alienígena; a responsabilidade pelos pagamentos; e o endereço do titular dos direitos sobre o *software*, se residente ou domiciliado no exterior para fins de recebimento de remuneração.

Ademais, para tais contratos, a lei considera nulas as cláusulas que limitem a produção, distribuição ou comercialização no país, em violação às leis brasileiras, e eximam quaisquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violações aos direitos de autor.

Determinou a lei ainda que todos os documentos correspondentes aos valores de remessas ao exterior, ainda que a título de remuneração, fossem conservados pelo prazo de cinco anos, a teor do §2º do art. 10.

No tocante aos contratos de transferência de tecnologia, estes foram disciplinados junto ao INPI, visando tutelar os efeitos no país em relação a terceiros. Contudo, a lei determinou, por ocasião do registro, a obrigatoriedade de o fornecedor de tecnologia apresentar: a documentação completa relativa ao código fonte comentado; o memorial descritivo; e as especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia, conforme previu em seu art. 11.

A lei dedicou o quinto capítulo às disposições sobre infrações e penalidades àqueles que violarem os direitos ali protegidos. No art. 12, determinou a pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa àquele que violar direitos de autor de programa de computador. Esta pena poderá

ser aumentada para até quatro anos de reclusão ou multa, se a violação consistir na reprodução, mesmo que parcial, para fins de comércio, do programa sem a autorização expressa do autor ou de quem o represente.

Estabelecendo procedimentos judiciais, a lei dispõe que a ação penal se instalaria mediante queixa da pessoa lesada, salvo se praticados: em prejuízo da entidade de direito público; em decorrência de ato delituoso que resultar em sonegação fiscal, perda de arrecadação; e em quaisquer dos crimes contra a ordem pública ou contra as relações de consumo.

Por fim, a lei disciplinou os procedimentos cíveis e as medidas cautelares de buscar e apreensão. Ressaltou que, para a preservação das informações que se caracterizem como confidenciais, o processo tramitará em segredo de justiça.

5.2 Das Medidas Judiciais Cabíveis Relativas à Contrafação

As medidas judiciais cabíveis relativas à contrafação de direitos autorais dividem-se entre aquela de caráter penal, a qual induz a penas de privação de liberdade e multa, e a de caráter civil, que conduz à reparação do dano por meio de indenização pecuniária.

Em se tratando de Direito Penal, para que se obtenha a sanção ao crime de violação de direitos autorais, deve-se considerar as condições pessoais do infrator, bem como a medida de sua culpabilidade, e ainda se houve concurso de pessoas ou outros fatores agravantes.

Da mesma forma, no campo do direito civil a reparação do dano por meio de indenização pecuniária será fixada a critério do Poder Judiciário, observado o limite de três mil vezes o valor da cópia ilegal apreendida.

Deve-se também levar em consideração, no arbitramento da indenização, todas as condições subjetivas que interagiram para a materialização da violação, bem como os danos efetivos causados ao titular do programa.

a) Ação penal pública condicionada e incondicionada

Em regra geral, o procedimento penal cujo objeto seja a contrafação de Direito Autorais relativos a programas de computadores é da esfera das ações penais públicas condicionadas. Isto implica que à instauração de inquérito policial para a apuração do crime proceder-se-á mediante queixa do lesado, ou seja, da pessoa detentora dos direitos autorais dos programas de computador.

Contudo, o procedimento penal somente poderá ocorrer na forma de ação penal pública incondicionada, na qual o Estado de *per si* é o agente promotor da demanda, quando: as violações dos direitos autorais forem praticados em prejuízo de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público; ou se, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

A Lei do *Software* é ainda mais específica no que tange à sonegação fiscal oriunda não da comercialização do *software*, mas quando a sonegação é instrumentalizada através do programa de computador que no seu uso permita ou facilite a evasão fiscal, ao estabelecer que “a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação criminal”.

b) Das diligências e da flagrância

A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria. Pode, ainda, o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direitos autorais, suas versões e derivações, que se encontrem em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando, a teor do art. 13 da Lei n. 9.609/98.

A prisão em flagrante, nos termos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, somente ocorrerá por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou se houver iminência de prática criminosa. Neste caso, para o relaxamento do flagrante, é facultado ao

indiciado o pagamento de fiança, conforme prelecionam os arts. 332 e 322 do Código de Processo Penal.

c) Das ações cíveis

As ações cíveis podem ser de natureza pública ou privada, dependendo da titularidade do detentor dos programas de computador. Em sendo pessoa de direito privado, a Lei de Direito Autoral faculta ao autor, seus herdeiros, ou seu representante legal, o zelo sobre a obra intelectual, podendo cada um propor ação judicial nos casos de violações.

Em se tratando de pessoa de direito público, a Lei n. 7.347/89 outorga competência ao Ministério Público para agir em defesa dos interesses da coletividade, por meio da proposição de Ação Civil Pública.

d) Das ações cíveis promovidas por pessoas de direito privado

A Lei de *Software* é taxativa, em seu art. 14, ao estabelecer que, independentemente da ação penal, o lesado poderá intentar ação cível, visando proibir o infrator da prática continuada do ato incriminado, requerendo ao juiz a cominação de pena pecuniária no caso de transgressão do preceito.

A ação de obrigação de não fazer proposta contra o violador poderá ser cumulada com pedido de indenização por perdas e danos decorrentes da contrafação. Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder, no curso da ação principal, medida liminar proibindo ao infrator que continue a praticar o ato incriminado.

A Lei de *Software* possibilita ainda que a medida cautelar cível de busca e apreensão seja cominada com pena pecuniária diária para o caso de descumprimento, por parte do infrator da ordem judicial.

A multa diária é sugerida pela parte titular dos direitos autorais, tendo-se em conta os prejuízos efetivos, danos emergentes e lucros cessantes. Contudo, pode o juiz majorar ou reduzir o valor da multa cominatória conforme sua análise sobre o caso.

Não obstante as perdas e danos, o titular do direito autoral lesado poderá ainda promover ação ordinária de indenização por danos morais, caso se verifiquem os danos de ordem imaterial que estão ligados ao bem jurídico tutelado, a teor do §1º, do art. 2º da Lei n. 9.609/98.

e) Da ação civil pública

Os programas de computador pertencentes ao Estado têm sua proteção garantida pelos representantes sociais, ou seja, Ministério Público, União, Estados-membros, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista e as Associações, nos termos do art. 5º da Lei n 7.347/89.

A Lei n. 7.347/89 ampliou as prerrogativas do Ministério Público quanto à defesa dos interesses da comunidade e do patrimônio público, dos bens coletivos, dos direitos difusos e, ainda, da integralidade e genuinidade da obra intelectual de domínio do Estado, bem como daquelas cedidas ou doadas ao acervo público.

É da competência do Ministério Público instaurar inquérito civil pra a apuração de provas ou documentos que fundamentarão o ajuizamento da ação civil pública, nos termos do art. 8º, da Lei n. 7.347/89.

A recusa ou omissão de dados, por parte do requerido, quando indispensáveis à propositura da ação civil pública, constituem crime punido com pena de reclusão de um a três anos, mais multa, nos termos do art. 10, da Lei n. 7.347/89.

6 CONCLUSÃO

A problemática da proteção autoral a programas de computador deve partir da indagação sobre o que se deseja tutelar para, em seguida, examinar a adequação do mecanismo legal.

A pesquisa realizada demonstrou que o direito de autor não pretende proteger a inovação técnica ou científica e, por essa razão, não se preocupa com o componente técnico ou com a contribuição tecnológica da obra intelectual. A lei autoral cuida da criatividade expressiva do autor.

Mesmo em se tratando de uma obra utilitária, a disciplina legal não visa à aplicação comercial ou industrial da criação, ainda que regule a sua exploração comercial.

A despeito de se tratar de um princípio tradicional dessa matéria, a Lei n. 9.610/98 expressamente dispõe que, no domínio das ciências, a proteção recai sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que forem reconhecidos pelos demais institutos da propriedade imaterial (art. 7º, §3º). Complementando esse preceito, dispõe ainda que o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras não constitui objeto dos direitos autorais (art. 8, VII).

Portanto, ao se cuidar da proteção autoral de programas de computador, o enfoque deve ser na originalidade expressiva (ou seja, naquilo que o legislador designou como “forma literária ou artística”) e não na qualidade das soluções técnicas que o programa implementa (ou seja, naquilo que o legislador denominou “conteúdo científico ou técnico”).

A inserção do *software* no âmbito do direito de autor teve o efeito de produzir consequências opostas: por um lado, no sentido de uma proteção excessiva, se considerados os limites tradicionais desse instituto e as exigências mais amplas da sociedade e, por outro, no sentido de uma proteção insuficiente, se considerados os propósitos perseguidos pelos autores e a finalidade última de um regime protetivo.

Com efeito, a adoção do regime autoral pode acarretar uma tutela excessiva, comprometendo o tradicional equilíbrio entre o interesse público pelo acesso à informação e o interesse privado pela recuperação do investimento. Em primeiro lugar, porque de certa maneira rompe-se o princípio básico de que o objeto da tutela legal é a forma expressiva da obra e não o conteúdo em si mesmo. Em segundo lugar, porque a proteção das interfaces pode acarretar prejuízos à concorrência.

Por outro lado, o direito autoral propicia uma proteção limitada às obras utilitárias, não oferecendo um tratamento legal adequado às criações meramente funcionais, onde o interesse do autor está em resguardar as inovações técnicas implementadas, bem como os recursos que visam

reforçar a aceitação do produto e garantir sua participação no mercado consumidor.

Na verdade, o grande dilema da proteção autoral é que ela reprime a apropriação ilícita da forma de expressão, enquanto o que precisa de tutela legal em matéria de programa de computador é o processo ou método implementado, independentemente da forma expressiva. Em outras palavras, a questão envolve a proteção da tecnologia e dos investimentos realizados contra atos não só de reprodução, mas acima de tudo de imitação, uma vez que os programas não descrevem um processo ou método, mas o implementam.

De fato, é sabido que o maior investimento e a maior criatividade na programação residem justamente no projeto do *software*, ou seja, no desenvolvimento da metodologia e das soluções técnicas pertinentes. A parte de codificação constitui uma atividade de caráter técnico, mas relativamente padronizada e de pouca criatividade.

Foi possível notar a tendência à adoção de um regime protetivo diferenciado. Alguns doutrinadores têm sugerido a criação de um regime *sui generis*, combinando aspectos do direito de autor com elementos do direito patentário, para aspectos não cobertos pela legislação autoral, como as ideias, princípios e tecnologia utilizados no programa. O conceito básico seria de manter as ideias inapropriáveis e garantir um retorno adequado ao investimento e aos recursos aplicados no desenvolvimento de um programa. Tratar-se-ia de uma proteção complementar, isto é, independente da proteção autoral.

Essa proposta pode configurar a melhor solução prática para o problema atual da insuficiência da proteção autoral. Entretanto, isso poderia acarretar na incidência de uma tutela excessiva, uma vez que, partindo do pressuposto que cada regime foca em aspectos ou elementos diferentes da mesma criação, concede na realidade dupla proteção sobre a mesma criação. Assim sendo, melhor seria que o estatuto jurídico dos programas de computador fosse estabelecido em um único diploma legal que combinasse a proteção da forma expressiva com a tutela do conteúdo, ou seja, que regulasse todos os elementos suscetíveis de tutela legal.

7 REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2 ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1, p. 3.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROSSI, Bernardo Menicucci. **Proteção Jurídica do Software**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

LOBO, Thomaz Thedim. **Introdução à Nova Lei de Propriedade Industrial**. São Paulo: Atlas, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Elisabeth Dias Kanthack. **Proteção Jurídica do Software no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A Proteção Autoral de Programas de Computador**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2008.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica do Século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2010.

NOTAS:

[1] CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1942.

[2] A Convenção de Berna foi promulgada através do Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975.

[3] ULMER, Eugene. KOLLE, Gert. **A Proteção Jurídica do Software**. Rio de Janeiro: Forense, 1985

[4] BORRUSO, Renato. **La Tutela Giuridica del Software. Diritto D'autore e Bevettabilità**. Milano: Giuffrè, 1999.

ATUAÇÃO DO JUIZ LEIGO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 9.099/95

SERGIO AUGUSTO BARBOSA DA ROCHA:

Advogado. Ex- Assistente Ministerial do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da atuação dos Juízes Leigos á luz da Constituição Federal e da Lei que rege os Juizados Especiais, qual seja a Lei 9.099/95. Os tribunais de justiça tem realizado seleções para a função de juiz leigo atendendo assim a previsão da Constituição Federal de 1988. Este artigo adota a pesquisa bibliográfica como metodologia, além de discutir e analisar a previsão da Constituição Federal, a Lei 9.099/95 e colacionar exemplos práticos de aplicação. Por derradeiro, é com o objetivo de esclarecer a atuação dos juízes leigos e a sua contribuição para o Poder Judiciário na efetivação da justiça.

Palavras- chave: Juiz Leigo . Lei 9.099/95. Constituição Federal . Efetivação da justiça.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITUAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS JUÍZES LEIGOS – 2.1 ATUAÇÃO DO JUIZ LEIGO NOS JUIZADOS ESPECIAIS Á LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 9.099/95 – 2.3 MOTIVAÇÃO DAS MINUTAS DE SENTENÇA E HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS – 3. CONCLUSÃO – 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the performance of the Lay Judges in the light of the Federal Constitution and the Law that governs the Special Courts, namely Law 9.099/95. The courts of justice have made selections for the function of lay judge thus meeting the provisions of the Federal Constitution of 1988. This article adopts bibliographical research as a methodology, in addition to discussing and analyzing the provisions of the Federal Constitution, Law 9.099 / 95 and collation practical examples of enforcement and judged as patria. Lastly, it is intended to clarify the performance of lay judges and their contribution to the Judiciary in the implementation of justice.

Keywords: Lay Judges. Law 9.099/95. Federal Constitution. Implementation of justice

INTRODUÇÃO

A constituição de 1988 prevê em seu artigo 98, I, a criação de juizados especiais e a sua composição por juízes togados e leigos. A sua atuação é prevista para causas de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo.

Em obediência ao preceito constitucional, os tribunais de todo o país têm realizado seleções para a função de Juizes Leigos com o fito de dar celeridade aos diversos casos que vão parar nos Juizados Especiais e ainda a efetivação da justiça.

Nos debruçemos sobre o artigo 98, I, da Constituição Federal:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

CONCEITUAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS JUÍZES LEIGOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 9099/95

Os Juízes Leigos são nomeados após seleção pública e considerados auxiliares da justiça. Não possuem vitaliciedade e inamovibilidade como os juízes togados, por exemplo. Sua atuação está restrita a demanda dos Juizados Especiais prevista na Lei 9.099/99.

O Conselho Nacional de Justiça através da resolução 174, de 12 de abril de 2013 tratou de definir e regulamentar os Juízes Leigos.

Vejamos o artigo 1º e 2º:

“ Os juízes leigos são auxiliares da Justiça recrutados entre advogados com mais de 2 (dois) anos de experiência.”

Art. 2º “ OS juízes leigos, quando remunerados ou indenizados a qualquer título, serão recrutados por prazo determinado, permitida uma recondução, por meio de processo seletivo público de provas e títulos, ainda que simplificado, conduzidos por critérios objetivos.”

E ainda o artigo 7º da Lei 9.099/95:

Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Os Juízes leigos atuam nos juzizados especiais, realizando audiências de instrução e minutas de sentença para posterior homologação pelo juiz togado daquele respectivo juzizado cível ou criminal.

ATUAÇÃO DO JUIZ LEIGO NOS JUIZADOS ESPECIAIS Á LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 9.099/95.

Passado algumas considerações sobre o conceito do Juiz leigo, iremos agora discutir a sua atuação em si dentro do sistema dos juzizados especiais.

Como já falado anteriormente, as demandas apreciadas serão aquelas de menor complexidade, como aquelas até 40 salários mínimos, que não exija análise de perícia específica ou ainda ação de despejo para uso próprio.

Nas tintas do artigo 3º da Lei 9.099/95:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

Após aprovado em seleção pública e nomeado para atuar em algum juizado, o juiz leigo irá presidir audiências de instrução, que consiste numa fase probatória, seja depoimentos pessoais das partes ou mesmo das testemunhas do autor e réu, conforme artigo 28 da Lei 9.099/95:

Art. 28. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.

MOTIVAÇÃO DAS MINUTAS DE SENTENÇA E HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS

Além da atuação destacada em tópico anterior, o juiz leigo deverá elaborar minutas de sentenças, constituídas de fundamentação e

dispositivo (relatório é dispensado nessas demandas, consoante Lei 9.099/95). Após enviado para o juiz togado, este irá homologar ou não a minuta de sentença, e, se homologada passa a surtir efeitos no processo. Vejamos os artigos 38 e 40:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

Nas tintas do Iluminado Processualista Daniel Assumpção Neves^[1] esclarece os elementos da sentença, quais sejam fundamentação e dispositivo:

“ ... Sendo a sentença um ato decisório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que chegará no dispositivo...”

“ O dispositivo é a conclusão decisória da sentença, representando o comando da decisão. É a parte da sentença responsável pela geração de efeitos da decisão, ou seja, é do dispositivo que são gerados os efeitos práticos da sentença, transformando o mundo dos fatos. O dispositivo é a conclusão do juiz que decorre da fundamentação, parte da sentença na qual o julgador descreve suas razões de decidir, indicando os fundamentos que justificam a opção tomada no dispositivo.”

Conclusão

Ao encerrar este artigo, feito os esclarecimentos e considerações jurídicas sobre o tema, é possível ter uma visão da atuação do juiz leigo junto aos Juizados Especiais nos Tribunais de Justiça de todo o país.

Assim sendo, salta aos olhos que a função tem um papel importante na resolução das lides propostas ao juizado especial, sendo amparado na Constituição Federal de 1988. Somado a isso, é feita uma contribuição de certa forma na otimização da conclusão dos processos no âmbito dos juizados especiais em todo o país.

– REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manual de direito processual civil – Volume Único/ Daniel Amorim Assumpção Neves – 8.ed. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

BRASIL – Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 6 de maio de 2018.

Resolução 174, de 12 de abril de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, disponível em http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_174_12042013_19042013160459.pdf.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm - Acesso em 6 de maio de 2018.

NOTA:

[1] Manual de direito processual civil – Volume Único/ Daniel Amorim Assumpção Neves – 8.ed. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016, página 760 e 761

PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO EM DEMANDAS PROPOSTAS POR PARENTES DE ANISTIADO POLITICO PERSEGUIDO DURANTE A DITADURA MILITAR

LAYLA KABOUDI: Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense/RJ Advogada da União. Pós-Graduada em Especialização em Direito Constitucional.

Resumo: Trata-se de artigo que pretende trazer à debate reflexões sobre a aplicação da prescrição às pretensões deduzidas por herdeiros/successores de perseguidos políticos durante a ditadura militar, bem como a necessária distinção da tese da imprescritibilidade aplicada aos próprios perseguidos políticos.

Palavras-chaves: Prescrição. Perseguição política. Herdeiros. Dano moral por ricochete. Imprescritibilidade.

Sumário: 1. Introdução – 2. Necessária diferenciação da imprescritibilidade dos danos morais sofridos pelos próprios perseguidos da prescritibilidade da pretensão em demandas propostas por parentes – 3. Conclusão – 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência das violações a direitos fundamentais cometidas durante o período militar, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, firmou-se no sentido de que a pretensão de indenização por danos morais decorrentes pelos atos de tortura pode ser pleiteada a qualquer tempo, não se submetendo ao prazo prescricional quinquenal a que o Estado se sujeita.

Entretanto, é preciso distinguir a hipótese em que a indenização por dano moral é discutida por sucessores/herdeiros (e não pelo próprio perseguido e torturado), sob o fundamento da dor relacionada à perseguição de parente pelo regime militar, naquilo que a doutrina chama de dano moral por ricochete.

2. NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELOS PRÓPRIOS PERSEGUIDOS DA PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO EM DEMANDAS PROPOSTAS POR PARENTES

De início, deve-se registrar que o STJ fixou a tese da imprescritibilidade em ações cujo objetivo é o reconhecimento de danos morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, quando o postulante é o próprio perseguido político^[1].

De acordo com o STJ, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, de modo que deve prevalecer sobre a regra especial prevista no Decreto n.º 20.910/32.

Consectariamente, não há que se falar em prescrição de ação que visa a implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente ao direito inalienável à dignidade.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana.

2. "Não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade" (REsp 816.209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.9.2007).

3. "No que diz respeito à prescrição, já pontuou esta Corte que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões" (REsp 1.002.009/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.2.2008).

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008).

Nesta esteira, prevaleceu o entendimento de que, os direitos fundamentais como garantidores à convivência digna, livre e igual dos cidadãos, não se submetem à prescrição.

Entretanto, é preciso distinguir a situação em que os herdeiros dos perseguidos políticos demandam o Estado, pleiteando danos

morais, em razão de referidos atos de perseguição política, em nome próprio, exercendo uma legitimidade processual ordinária.

O entendimento que aqui se propõe é que, no caso de os demandantes serem sucessores do perseguido político, a tese da imprescritibilidade – aplicada aos perseguidos – não se aplica; trata-se de pleito patrimonial, relacionado a direito próprio, e, portanto, prescritível.

Sobre o tema, **há recente decisão do STJ no sentido da prescritibilidade da pretensão em exame, proferida no REsp 1.669.328/SC:**

"Quanto à negativa de vigência ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32, arts. 12 e 943 do Código Civil e art. 2º da Lei nº 10.559/2002, com relação à proclamação da prescrição, a irresignação não merece prosperar.

Registra-se que não se ignora o entendimento da jurisprudência pela imprescritibilidade de ações indenizatórias decorrente de prisão e demais abusos cometidos durante o regime militar, considerando-se a extrema gravidade dos atos perpetrados, violadores de direito fundamentais. **Entretanto, faz-se necessário distinguir se o autor da ação é o próprio sofredor dos danos causados pela repressão política ou seus sucessores.**

Sendo o anistiado político o autor da ação, não há falar em prescrição do fundo de direito, visto que, após decorridos cinco anos da promulgação da Carta da República, houve a promulgação da Lei nº 10.559/02, implicando renúncia à prescrição do fundo de direito, conforme pacificado pela jurisprudência do STJ.

Por outro lado, caso a ação seja intentada pelos sucessores, como acontece nesses autos, não há falar em imprescritibilidade ante a patrimonialidade do

direito sucessório. No caso concreto, a ação foi proposta pela viúva do suposto anistiado político (Lucy Gomes de Oliveira).

Assim, não estão eles à margem do prazo prescricional. No caso, a prescrição aplicável é a regra geral da prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32.

Tendo o autor da herança falecido em 1969, e tendo a ação sido proposta em 2015, estão prescritas todas as parcelas pleiteadas na presente ação. Ocorrida a transmissão, por herança, do direito de exigir a reparação do dano moral sofrido pelo de cujus, não se está mais diante de direito imprescritível, de personalidade, e sim de direito patrimonial. Assim, a alegação da incidência da prescrição pode ser formulada a qualquer tempo. Em relação à Fazenda Pública, aplica-se a orientação indicada pelo Decreto nº 20.910/32. Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA PREQUESTIONAMENTO. MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MILITAR DA MARINHA DE GUERRA. DESLIGAMENTO. PROBLEMAS PSÍQUICOS. SUICÍDIO. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMOS QUO.

(...)

3. É de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 10 do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza ". Na fixação do termo a quo desse

prazo, deve-se observar o universal princípio da actio nata.

4. No caso, a ação foi ajuizada em 20.11.2003, cerca de quarenta e quatro anos após a ocorrência do evento danoso que constitui o fundamento do pedido, qual seja, o falecimento do ex-combatente de guerra da Marinha do Brasil ocorrido em 23.12.1959, o que evidencia a ocorrência da prescrição.

5. Recurso especial a que se dá parcial provimento." (REsp. 926951/SC, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.08.2007)

Ou seja, no caso em apreço, a inércia da parte autora fulminou o suposto direito pleiteado, haja vista que muito mais de cinco anos medeiam a data do ato que constituiria o alicerce do pretense direito deduzido e a propositura da presente ação. Ainda que se entenda pela imprescritibilidade quanto ao fundo do direito com relação a anistiado, é de ser aplicada a prescrição quinquenal quanto aos retroativos.

Assinale-se, de igual modo, que não merece ser conhecido o Recurso Especial, com base no dissídio jurisprudencial, no que tange à prescrição quinquenal, com fundamento no Decreto 20.910/32, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea a, servem de justificativa quanto à alínea c do permissivo constitucional.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III, do RI/STJ.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2017.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

(Ministro FRANCISCO FALCÃO, 04/10/2017)"

Deve-se atentar, ainda, que temos a figura, no presente caso, do dano moral pela via reflexa ou por ricochete, pelo qual o ato ilícito atinge a terceiros pessoas, em razão do dano praticado em relação à vítima.

A jurisprudência do STJ tem entendimento pacífico^[2] de se reconhecer a legitimidade ativa ordinária de terceiros para pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentarem, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa.

Entretanto, deve-se ressaltar que o dano moral por ricochete é específico e autônomo ao dano moral direto vivido pela vítima; por esta razão, incabível a aplicação da teoria da imprescritibilidade, a qual é a exceção no Direito Brasileiro.

Como regra, deve-se aplicar as regras civilistas ao caso, incidindo o instituto da prescrição quinquenal aplicada à Fazenda Pública.

A prescrição é instituto destinado à preservação da ordem pública, em benefício do mais alto interesse social, para a estabilidade da segurança jurídica e das relações sociais. Os litígios, portanto, não podem ser eternizados.^[3]

A Constituição, que em várias passagens faz referência ao instituto da prescrição (além do art. 37, § 5º, o art. 53, § 5º e o art. 146, III, b), enumera explicitamente as hipóteses de imprescritibilidade: art. 5º, incisos XLII e XLIV. Se a prescritibilidade das ações e pretensões é a regra - pode-se até dizer, o princípio -, a imprescritibilidade é a exceção, e, por isso mesmo, a norma que a contempla deve ser interpretada restritivamente.

O comparecimento em juízo dos sucessores, **anos após o fim do movimento militar**, vários anos após o falecimento da vítima,

postulando indenização, é incompatível com a estabilidade e previsibilidade que se deseja imprimir às relações sociais.

3. CONCLUSÃO

Assim, de acordo com o entendimento aqui esposado, se quem comparece em juízo é o sucessor, para, após o falecimento da vítima, pleitear indenização pelo dano por ela sofrido, que lhe cabe por herança, incide a prescrição na forma da lei de regência para as demandas contra a Fazenda Pública. Trata-se de reparação patrimonial buscada pelo herdeiro ou sucessor, que não mais se reveste da proteção especial destinada aos direitos de personalidade da vítima violados.

4. REFERÊNCIAS

- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de Direito Privado, Tomo VI, 4ª ed., RT, 1974;
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2002;
- OLIVEIRA, Almir de. "Curso de Direitos Humanos". Rio de Janeiro: Forense, 2000;
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOTAS:

[1] No REsp nº 959904 / PR, o Ministro Luiz Fux assim consignou: *A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º*

[2] Vide REsp 1.076.160-AM, divulgado pelo Informativo 495/STJ.

[3] Nas palavras de Pontes de Miranda, "a prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, que de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional" (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de Direito Privado, Tomo VI, 4ª ed., RT, 1974, § 667, p. 127).

A PONDERAÇÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JOÃO VICTOR PEREIRA MARTINS DA SILVA:

Advogado, Pós-Graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: A implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição depende essencialmente da capacidade econômica do Estado. Estes direitos não são absolutos, mas também não podem restar sistematicamente inobservados em razão da falta de recursos para sua implementação total. O presente trabalho acadêmico assume a existência de custos para a garantia de direitos fundamentais e pretende analisar de que forma o Estado pode estruturar políticas públicas para a consecução progressiva e integral destes direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Custo dos direitos. Limitação econômica. Escolhas trágicas. Ponderação econômica. Planejamento estatal. Transparência das prioridades. Macroponderação.

ABSTRACT: The implementation of the fundamental rights predicted in the Constitution depends essentially on the economic capacity of the State. These rights are not absolute but cannot be systematically left unobserved because of the lack of resources for full implementation. This academic work assumes the existence of costs to guarantee the fundamental rights and intends to analyze how the State can structure public policies for the progressive and integral realization of these rights.

Keywords: Fundamental rights. Cost of rights. Economic limitation. Tragic choices. Economic weighting. State planning. Transparency of priorities. Macro weighting.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. ACUMULAÇÃO HISTÓRICA E COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – 3. O CUSTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES DO ESTADO – 4. PONDERAÇÃO DE VALORES COMO INSTRUMENTO PARA A

SOLUÇÃO DE CONFLITOS HERMENÊUTICOS – 5. PONDERAÇÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MECANISMO DE ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – 6. CONCLUSÃO – 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina constitucional clássica ensina que o atual sistema de direitos fundamentais foi construído de maneira periódica, conforme as demandas jurídicas do contexto histórico de cada época evolutiva da humanidade.

Esse ciclo progressivo de surgimento de novos direitos fundamentais não importou na extinção dos anteriormente reconhecidos, o que levou ao acúmulo e coexistência de dimensões a serem simultaneamente garantidas pelo Estado.

A implementação de direitos fundamentais, sejam os negativos, positivos ou de solidariedade, exige do Estado o emprego de recursos financeiros. Neste cenário exsurge o conflito entre o dever e a capacidade econômica limitada.

Em razão dessa constrição financeira, alguns direitos são cotidianamente desrespeitados em detrimento de outros. O Estado é submetido diariamente à árdua tarefa de escolher qual direito e em que extensão será atendido.

Neste trabalho acadêmico o autor faz uma breve leitura da evolução dos direitos fundamentais, discorre sobre seus custos econômicos e sobre a necessidade de escolhas cotidianas por parte do Estado. Na conclusão o autor ousa sugerir que o princípio da relatividade e sua consectária técnica interpretativa da ponderação sejam utilizados também no campo prático, conformando a implementação dos direitos fundamentais à realidade econômica do Estado, bem como que a macro ponderação predeterminada é instrumento capaz de garantir, ao mesmo tempo, segurança jurídica e eficiência progressiva na implementação desta sensível classe de direitos.

2. ACUMULAÇÃO HISTÓRICA E COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, a exemplo dos direitos civis, políticos e de propriedade, constituem liberdades públicas negativas, usualmente relacionadas à imunidade de intervenção do Estado justamente porque, na sua origem, eram opostos aos regimes absolutistas.

Seus fundamentos primordiais encontram-se na Magna Carta inglesa de 1215, quando o Rei João acordou com os barões ingleses limites e procedimentos regulamentares para o desempenho do poder monárquico.

Mais tarde, o conteúdo dos direitos fundamentais ganhou nova projeção a partir de movimentos liberais notórios que culminaram em documentos como a *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, em 1789, e a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e da Independência dos Estados Unidos, de 1776.

O doutrinador Paulo Bonavides discorre que, tais direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade como seu traço mais peculiar^[1].

Na mesma esteira, assenta Paulo Branco:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não

desponta a preocupação com desigualdades sociais.^[2]

Tempos depois, a Revolução Industrial eclodiu na segunda metade do século XIX, estabelecendo nova fronteira de enfrentamento jurídico quanto aos direitos fundamentais e humanos. Houve um amplo rearranjo nas relações sociais e da própria sociedade com o Estado, em que se passou a demandar a distribuição da riqueza, o acesso universalizado aos serviços públicos e a igualdade material.

O grande vácuo deixado pelo Estado absenteísta, retraído pela concepção liberal, permitiu a “exploração do homem pelo homem” e a expansão do capitalismo industrial. Os abastados detentores do capital e controladores do poder político, sob a égide da igualdade formal, subjugavam os demais cidadãos a condições subumanas de vida.

Esse contexto demandou um novo viés intervencionista do Estado que, respeitando o patamar de liberdade alcançado, foi convocado a garantir igualdade material entre particulares.

Conforme explica Carlos Simões, a igualdade, até então limitada formalmente à aplicação da lei, passou a ser reivindicada também no âmbito da aplicação de seus resultados, mediante desequiparação legal^[3].

Arremata Paulo Branco, em lições sobre as gerações de direitos fundamentais:

O descaso com problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pretensões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado o papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir

o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.[4]

Essa fase de desenvolvimento dos direitos fundamentais é marcada, portanto, pelas lutas por direitos sociais em complementação aos direitos civis, políticos e de propriedade inspirados no antigo ideal liberal.

O conceito de cidadania passou a demandar avanços no plano social, consubstanciados na distribuição igualitária da riqueza, no acesso aos serviços públicos e na igualdade material. Como bem sintetiza Piovesan, do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade, objetivando-se eliminar a exploração econômica[5].

Ao contrário dos direitos de resistência até então vigentes, os cidadãos, principalmente os trabalhadores, passaram a exigir do Estado determinadas prestações materiais e sua atuação como formulador ativo de políticas sociais.

Ao final da Primeira Guerra Mundial e como resultado das conquistas sociais dos trabalhadores durante o século anterior, a assinatura do Tratado de Versalhes e a Constituição de Weimar culminaram com a Declaração do Estado de Bem-Estar Social e dos direitos sociais clássicos (função social da propriedade, direitos do trabalho, reforma agrária, sindicatos e previdência social). Dois anos após o final da Segunda Grande Guerra, a ONU assinou a

Declaração Universal dos Direitos do Homem e, posteriormente, outros importantes instrumentos de concretização dessas diretrizes.

Recentemente na história, foram incluídos no rol de direitos fundamentais a terceira dimensão, que diz respeito aos direitos de titularidade coletiva em sentido amplo. Conforme lições de Paulo Branco, são concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.^[6]

São exemplos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Conclui-se até este ponto que o atual sistema de direitos fundamentais foi construído de maneira periódica, conforme as demandas jurídicas do contexto histórico de cada época evolutiva da humanidade. Contudo, vale ressaltar que as contingências estão enraizadas e perpetuadas no seio social, razão pela qual a consagração de direitos fundamentais resulta em vigília permanente.

Esse ciclo progressivo de surgimento de novos direitos fundamentais não importou na extinção dos anteriormente reconhecidos, o que levou ao acúmulo e coexistência de dimensões a serem simultaneamente garantidas pelo Estado.

O doutrinador Marcelo Novelino sintetiza de maneira primorosa o panorama evolutivo e cumulativo dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às chamadas *gerações* de direitos fundamentais. Atualmente, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, parte da doutrina tem optado pelo termo *dimensão*.^[7]

A Constituição brasileira de 1988, refundando o Estado Democrático de Direito, contemplou em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais, alcançando todas as dimensões debatidas, e conferindo eficácia normativa e efeitos cogentes.

O art. 5º da Constituição de 1988[8] é corriqueiramente apontado como pálio dos direitos fundamentais na retomada da cidadania pós Regime Militar. Esse dispositivo sozinho contempla, além dos princípios irradiantes do *caput*, nada menos que setenta e oito incisos contendo direitos fundamentais em espécie – por vezes mais de um em cada segmento.

Nada obstante, o texto constitucional é entremeado de muitos outros direitos fundamentais, tais como direitos de primeira geração concernentes aos limites do poder de tributar (art. 150)[9], direitos trabalhistas de segunda geração (art. 7º) [10], bem como direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável, reconhecidamente de terceira geração (art. 225) [11].

Essa relação exemplificativa cresce cada dia mais, conforme o aprimoramento da interpretação do texto constitucional pela Corte Suprema.

Vale lembrar também quanto à cláusula de proibição do retrocesso social, normatizada no art. 60, § 4º, da Constituição[12], segundo a qual, uma vez estabelecido um determinado nível de satisfação social, por meio da garantia de fruição adequada e equitativa, pelos cidadãos, dos benefícios e serviços colocados à sua disposição, não podem ser restringidos, embora defenda-se possam ser alterados, substituídos ou ampliados.

É evidente que o atual texto constitucional, a par dos anseios humanos por direitos e cidadania – principalmente porque precedido por um regime autoritarista –, inunda o novo Estado brasileiro com um gigantesco volume de direitos fundamentais represados, não implementados no período histórico natural, e que, por força normativa, impõem-se ao Estado e à presente geração.

3. O CUSTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES DO ESTADO

Os movimentos neoconstitucionalistas, assistidos desde o final da Segunda Guerra Mundial, colocaram as Constituições, de modo geral, em uma posição central no ordenamento jurídico, transformando-as em astro orbital de todos os ramos do direito organizado.

Segundo Bökenförde (1993, p. 40), em ensinamentos sobre o neoconstitucionalismo:

A Constituição já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica de 'valores fundamentais' da ordem da vida comum (*apud*MENDES, 2012, p. 59)[13].

Destarte, o meticuloso detalhamento de direitos no texto constitucional e o soerguimento destes ao grupamento fundamental, característico das Constituições prolixas e de países subdesenvolvidos, além de garantir proteção e conferir caráter normativo compulsório, acaba por criar um problema econômico.

A simples declaração de direitos pela Constituição é incapaz de efetivá-los na prática.

Como explicam Gilmar Mendes e Paulo Branco, a efetivação do Estado Democrático de Direito depende de combustível financeiro:

A construção do Estado Democrático de Direito, anunciado pelo art. 1º, passa por custos e estratégias que vão além da declaração de direitos. Não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal, são duas faces da mesma moeda. Se todos os direitos fundamentais têm, em alguma medida, uma dimensão positiva, todos implicam custos[14].

A efetiva garantia de todas as classes de direitos fundamentais gera custos ao Estado. Ou seja, do ponto de vista econômico-financeiro, desconsiderada a classificação meramente jurídica, todos os direitos fundamentais executáveis são positivos, dependendo das finanças públicas para serem implementados.

Direitos sociais são visivelmente positivos, traduzidos em uma prestação a favor do indivíduo, o que aclara a existência de custos. Mas direitos de primeira dimensão, corriqueiramente classificados como negativos ou de não intervenção, também geram custos, pois a abstenção do Estado, ao fim e ao cabo, deve ser fiscalizada e controlada pelo próprio Estado contra si e contra outros particulares, o que movimenta a máquina administrativa e gera custos.

Os celebrados autores Holmes e Sustain, na obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, aduzem, em comentários sobre decisões da Suprema Corte Norte-Americana, que “por atrás da distinção entre dimensões de direitos repousa uma inexplorada premissa: imunidade de invasão pelo Estado não envolve significativo benefício para os recursos financeiros” (tradução nossa).[\[15\]](#)-[\[16\]](#)

Os mesmos autores arrematam:

“Onde há um direito, existe um remédio” é uma máxima legal clássica. Os indivíduos desfrutam de direitos, em um sentido legal, em oposição a um senso moral, somente se os erros que eles sofrem forem corrigidos de forma justa e previsível por seu governo. Este ponto simples é um bom caminho para revelar a inadequação da distinção entre direitos negativos e direitos positivos. O que isso mostra é que todos os direitos legalmente impostos são necessariamente direitos positivos.

Os direitos são caros porque os remédios são caros. A aplicação é dispendiosa, especialmente se uniforme e justa; e os direitos legais são esvaziados,

na medida em que permanecem sem efeito. Formulado de maneira diferente, quase todos os direitos implicam um dever correlativo, e os deveres são tomados seriamente somente quando o abandono é punido pelo poder público extraído do erário público. Não existem direitos executórios na ausência de deveres legalmente executáveis, razão pela qual a lei só pode ser permissiva por ser simultaneamente obrigatória. Ou seja, a liberdade pessoal não pode ser garantida apenas limitando a interferência do governo na liberdade de ação e associação. Todos os direitos são reivindicações de uma resposta afirmativa governamental (tradução nossa).[\[17\]](#)-[\[18\]](#)

Direitos de terceira dimensão, ligados ao atributo da solidariedade, não estão excluídos da regra. Onde há dever regulatório, fiscalizatório e punitivo do Estado para consecução de direitos fundamentais, há também custos econômicos satisfeitos por recursos financeiros.

É nessa conjuntura que se constata uma verdade lógica: os recursos financeiros são limitados e, na maioria das vezes, escassos frente às diversas demandas por atendimento dos direitos fundamentais.

Luciano Benetti Timm traduz brevemente esse raciocínio em introdução a artigo científico sobre Direito e Economia (*Law and Economics*):

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.[\[19\]](#)

Percebe-se que a capacidade econômica do Estado é, portanto, um limitador natural insofismável para a execução de direitos fundamentais,

por mais que estes estejam vigentes e, no caso do Brasil, haja mandamento constitucional de aplicação imediata (art. 5º, §1º)[20].

Com base nesses fundamentos se ergue, por exemplo, a teoria da reserva do possível, conceituada por Rafael de Lazari como assunto intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”, consistindo na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão de insuficiência orçamentária para tal. [21]

Fernando Facury Scaff elucida que a expressão “reserva do possível” foi trasladada para o Direito a partir de uma decisão proferida em 1972 pelo Tribunal Constitucional alemão.

O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral. Desta forma, ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral” (...) “Reserva do possível” é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais. Cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas políticas que devem ser

realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo. [22]

A “reserva do possível” que exsurge do confronto entre a escassez de recursos e as necessidades humanas – e que, percebeu-se desde já, estas vão muito além dos direitos fundamentais –, induz o Estado, sistematicamente, a “escolhas trágicas” cotidianas e casuísticas, na melhor expressão cunhada por Calabresi e Bobbitt[23].

É óbvio que a premiação de um direito fundamental específico pelo Estado, na vastidão de elementos contemplados pelo texto constitucional e no contexto de escassez financeira, significa o sacrifício de algum outro direito que não será efetivado na prática ou será implementado a descontento.

4. PONDERAÇÃO DE VALORES COMO INSTRUMENTO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS HERMENÊUTICOS

É cediço que os direitos fundamentais não são absolutos. Em caso de colisão entre direitos fundamentais, necessário juízo interpretativo de ponderação e indicação de prevalência dos valores a serem resguardados no caso concreto.

Robert Alexy preleciona com maestria, na sua estimada *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que a solução para a colisão entre princípios difere completamente da solução para colisão entre regras.

Enquanto nessa última situação o conflito somente pode ser solucionado se introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção que o elimine, ou se uma das regras for declarada inválida, naquele primeiro caso, sendo premissa a impossibilidade de invalidação de um princípio, um terá que ceder em favor do outro.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos

princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.^[24]

Vê-se que na própria hermenêutica há sim uma ordem de prevalência entre princípios, o que, coordenado pelas condições do caso concreto, determinará o peso de cada um quando submetido à avaliação do intérprete.

Mais adiante em sua obra, ao correlacionar princípios e valores, o celebrado autor aduz que ambos estão intimamente ligados, apesar de não serem sinônimos. De todo modo, aplica-se a regra do sopesamento também para solução de conflitos entre valores.^[25]

Como trabalhado linhas acima, direitos fundamentais consagram exatamente valores sociais colhidos em cada período de desenvolvimento da humanidade. Ou seja, a técnica da ponderação hermenêutica é plenamente aplicável para solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais.

5. PONDERAÇÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MECANISMO DE ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Pela alta similaridade, indica-se que a mesma técnica hermenêutica da ponderação pode ser utilizada para mediar a escolha de direitos fundamentais a serem implementados frente à escassez de recursos financeiros, consideradas as adaptações impelidas pela magnitude e complexidade do Estado brasileiro.

A prevalência de direitos fundamentais com base na ponderação econômica deve ser objetivamente mensurada em larga escala através de mecanismos estatísticos baseados em casos concretos - assim como ocorre na tradicional técnica da ponderação hermenêutica.

Esses dados devem ser levados em consideração pelo Poder Público no momento de elaboração das leis orçamentárias, conferindo transparência e a aclamada segurança jurídica às diretrizes de atuação pública. Fernando Scaff comunga do entendimento, asseverando que o Parlamento democraticamente eleito pelo povo é o responsável por escolher prioridades e alocar recursos no orçamento:

O Orçamento é o locus adequado para a realização das escolhas trágicas públicas, também chamadas de escolhas políticas. É no espaço democrático do Parlamento que devem ser realizadas as opções políticas referentes às receitas e aos gastos públicos que determinam o caminho escolhido pela sociedade para a realização de seus ideais. Mesmo aqueles que têm de ser construídos dia a dia — ninguém dorme em uma ditadura e acorda em uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) no dia seguinte — embora exista quem entenda ser possível fazer efetivas mudanças sociais a golpes de caneta.^[26]

O professor segue expondo sua visão sobre o tema em outro artigo jurídico, no qual também defende a necessidade de priorizar direitos:

Conectando os dois conceitos, de reserva do financeiramente possível e de escolhas públicas orçamentárias, verifica-se que existem recursos

escassos para atingir objetivos incomensuráveis. Quanto mais difíceis os objetivos, maior o custo financeiro para seu alcance.

Ocorre que a realidade é mais complexa do que exemplos expostos de forma didática, nos quais são isoladas diversas outras situações existentes em concreto. Além da meta de redução das desigualdades sociais e regionais, o governo — qualquer governo, de qualquer país — tem de pagar o funcionalismo público, pagar a dívida financeira e não financeira com o mercado, manter todos os serviços públicos em atividade e com caráter de universalidade, estar preparado para defender o país em caso de ameaças externas, organizar o transporte público, o ensino, a saúde, o saneamento, a segurança e muitas outras atividades encontráveis nas colunas do gasto público nas tabelas orçamentárias. E tudo isso ao mesmo tempo.

Logo, é necessário priorizar, e aqui se inserem os dois conceitos: reserva do financeiramente possível, uma vez que não há dinheiro para tudo; e escolhas públicas, pois é necessário priorizar politicamente o gasto público, obedecidos os parâmetros constitucionais.^[27]

Ademais, cumpre frisar que a macroponderação econômica de direitos fundamentais não gera a invalidação ou o indesejado retrocesso social. Entretanto, assim como ocorre no âmbito interpretativo, é capaz de impor cessão circunstancial do valor/princípio com menor peso até que as finanças do Estado sejam capazes de alcançar o estimado nível de desenvolvimento social para efetivação dos direitos fundamentais em sua integralidade.

Essa cessão circunstancial não é oponível ao Estado enquanto perquirir publicamente o progresso na implementação dos direitos

fundamentais – justamente por isso faz-se importante a transparência das metas e do progresso no seu atingimento. Entendimento contrário, apoiado na literalidade constitucional, submeteria o Estado à responsabilização por algo que lhe é faticamente impossível de cumprir.

Apesar disso tudo é inegável que devem existir limites para a margem de ponderação. A doutrina moderna demarca o mínimo existencial não só como barreira, mas também como ponto de partida, consistindo nos direitos mais básicos inerentes ao patamar civilizatório atingido pela humanidade, sem o que não há como falar em resquício de dignidade.

Rafael de Lazari discorre sobre a origem e o conceito de “mínimo existencial” em seu livro intitulado *Reserva do Possível e Mínimo Existencial*.

Tal qual o princípio da reserva do possível, o mínimo existencial também tem raízes fincadas na Alemanha, no início da década de 50, através de construção do Tribunal Federal Administrativo daquele país (“Bundesverwaltungsgericht”), encontrando seu ápice na década de 90, já na Corte Constitucional, por intermédio do jurista Paul Kirchhoof, tendo sido apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final da década de 1980, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 88, portanto.

Numa conceituação simplória – e de reducionismo apriorístico proposital –, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.^[28]

Portanto, em uma escala parametrizada de margem para aplicação da ponderação econômica na consecução de direitos fundamentais, o mínimo existencial é o vetor horizontal de piso e a integralidade o vetor vertical pretendido. A efetivação de direitos fundamentais fora da equação definida pela macro ponderação resulta na absurda segmentação gráfica da

escala, que precisa do sequenciamento linear progressivo para se revelar válida e sustentável.

6. CONCLUSÃO

A ordem jurídica inaugurada no Brasil pela Constituição de 1988 trouxe à baila uma enxurrada de direitos fundamentais que estavam represados, conferindo-lhes força normativa e eficácia cogente.

Como a implementação de todos esses direitos gera custos, deve ser racionalmente consentânea com a limitação financeira do Estado – sem o que se perpetua o descumprimento velado e a sistemática cotidiana de escolhas trágicas.

Sugere-se, portanto, a aplicação da técnica hermenêutica da ponderação, em um viés econômico, para mediar a escolha de direitos com maior prevalência prática de forma a atingir progressivamente o patamar desejado de atendimento integral aos mandamentos constitucionais.

A definição das prioridades deve guardar relação com os casos concretos, respeitadas a magnitude e complexidade do Estado brasileiro. Nesse diapasão, o Poder Público cumpre o papel de levar os dados colhidos em consideração no momento de elaboração das leis orçamentárias, bem como o de conferir transparência e, por isso, segurança jurídica sobre as diretrizes de atuação pública.

Ainda, sendo os direitos fundamentais expressão de valores/princípios sociais, a sua macroponderação econômica não gera a invalidação ou retrocesso social. Contudo, tem o efeito de impor cessão circunstancial do valor/princípio com menor peso até que as finanças do Estado sejam capazes de alcançar o estimado nível de desenvolvimento para efetivação dos direitos fundamentais em sua integralidade.

Conclui-se que a cessão circunstancial não é oponível ao Estado enquanto perquirir publicamente o progresso na implementação dos direitos fundamentais. De todo modo, a margem de ponderação deve ser limitada na base pelo mínimo existencial, ponto de partida para que, de

forma planejada e progressiva, o Estado consiga atingir a implementação integral dos direitos fundamentais.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton, 1978.

BRASIL. Constituição, 1988.

HOLMES, Stephen Holmes; SUSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª. ed. rev. e ampl. 2ª. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas*, 2013. Disponível em: . Acesso em: 06 ago. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. *Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas*, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

NOTAS:

[1] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 517

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.155.

[3] SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 54.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.155 - 156.

[5] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1025.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

[7] NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 354.

[8] BRASIL. Constituição, 1988.

[9] *Idem*.

[10] *Idem*.

[11] *Idem*.

[12] *Idem*.

[13] BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 40 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1491.

[15] HOLMES, Stephen Holmes; SUSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999, p. 36.

[16] *Behind the distinction adduced by the Court lies an unspoken premise: immunity from invasion by the state involves no significant entitlement to financial resources.*

[17] *Idem*, p.43-44.

[18] *Where there is a right, there is a remedy" is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing in the public purse. There are no enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely limiting government interference with freedom of action and association. All rights are claims to an affirmative governmental response.*

[19] TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2.^a ed. rev. e ampl. 2.^a Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 52.

[20] BRASIL. Constituição, 1988.

[21] LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2016. p. 60.

[22] SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas#_ftn4_3975>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[23] CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton, 1978.

[24] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 93 – 94.

[25] *Idem*. p. 144.

[26] SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas#_ftn4_3975>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[27] SCAFF, Fernando Facury. *Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

[28] LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2016. p. 98.

A FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PELO TCU. INTERPRETAÇÃO DO ACÓRDÃO Nº 3.133/2012 - PLENÁRIO

THAISA JULIANA SOUSA RIBEIRO:

Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora de Assuntos Previdenciários da PGFN. Especialista em Direito Público e Direito Tributário. Pós graduanda (lato sensu) em Direito Previdenciário. Foi representante da Coordenação Geral Jurídica da PGFN no Grupo Permanente de Representantes junto à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - GPR-ENCCLA, entre 2010 e 2013. Atuou na Divisão de Assuntos Fiscais da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região entre 2008 e 2009.

RESUMO: O objetivo deste artigo é enfatizar que o objeto da fiscalização financeira e orçamentária exercida pelo Tribunal de Contas da União são os recursos públicos. É sob essa ótica que se analisará a decisão proferida no Acórdão nº 3.133/2012 – Plenário, cujo entendimento reafirmado no Acórdão nº 2.073/2015 – Plenário, acerca da fiscalização da aplicação de recursos pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, também denominados de fundos de pensão.

Palavras-chave: controle externo da Administração Pública. Controle orçamentário e financeiro. Recursos Públicos. Ausência de recursos públicos em algumas entidades patrocinadoras e nas entidades instituidoras.

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder pelos agentes públicos precisa ser limitado. Por isso, o próprio texto constitucional prevê a sujeição, pela Administração Pública, a diversos controles, cuja finalidade precípua é permitir que os seus atos estejam em harmonia com os preceitos constitucionais e legais.

A previsão dos controles a serem exercidos pela própria Administração (interno), e pelos outros Poderes da República e pelo Ministério Público (externo) são as mais usuais formas de controle dos atos administrativos. No controle exercido pelo Poder Legislativo, ele conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União, órgão cujo mister constitucional é a aferição da boa aplicação dos recursos financeiro e orçamentário administrados pela Administração, cuja titularidade é conferida à coletividade.

Nesse sentido, a função fiscalizadora do Tribunal de Contas da União deve ser afeta ao adequado uso do dinheiro público. Sob essa ótica será avaliada a decisão proferida no Acórdão nº 3.133/2012 – Plenário, cujo entendimento reafirmado no Acórdão nº 2.073/2015 – Plenário, acerca da fiscalização da aplicação de recursos pelos Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, também denominados de fundos de pensão.

DESENVOLVIMENTO

O art. 74 da Constituição Federal aduz que à Administração compete manter sistema integrado de controle interno, visando acompanhar e avaliar a execução dos atos relativos à eficácia e eficiência da execução orçamentária e o cumprimento de metas previstas no plano plurianual, as operações de crédito, além de indicar as ações que devem ser desempenhadas com o propósito de atender a legislação e auxiliar o controle externo.

O art. 25 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, ao tratar da supervisão ministerial^[1], aduz que o controle será abrangente dos aspectos administrativo, orçamentário, patrimonial e financeiro, cujo principal objetivo é assegurar, no âmbito de cada Ministério, a observância da legislação e dos programas de governo, bem como coordenar e harmonizar as atividades dos diversos órgãos. Assim, sob a supervisão ministerial exercida por cada Ministério, o controle é efetuado com a finalidade de garantir que as entidades a eles vinculadas cumpram os ditames da Constituição Federal e da legislação ordinária.

Além disso, à Administração também compete anular seus próprios atos se eivados de vícios, por meio do seu poder de autotutela, que como cediço é objeto dedois enunciados de suas súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: súmulas nº 346 e nº 473[2].

No que tange ao controle externo dos atos da Administração Pública, ele é exercido precipuamente pelo Poder Legislativo, e cujas ferramentas centrais são, segundo disposição constitucional, (i) as autorizações prévias; (ii) a sustação de regulamentos editados pela Administração (até os expedidos pelas agências reguladoras) que exorbitem os poderes que lhes foram delegados por lei; (iii) a possibilidade de convocação de Ministros de Estado para prestar esclarecimentos; (iv) as comissões parlamentares de inquérito, as quais detêm poderes de investigação equiparados aos das autoridades judiciais; (v) o processo de *impeachment*, pelo qual se intenta condenar os chefes dos Executivos em suas esferas de poder – Presidente da República, Governadores e Prefeitos – por crime de responsabilidade; e (vi) o controle orçamentário e financeiro com o auxílio do Tribunal de Contas da União – TCU.

No controle orçamentário e financeiro realizado pelo Legislativo, o art. 71 da Constituição Federal conferiu uma lista de atribuições ao TCU com a finalidade primordial de evitar prejuízo ao erário. Dentre essas atribuições, o inciso II estipula que compete ao TCU julgar as contas dos administradores na verificação da legalidade, regularidade e economicidade dos atos dos gestores ou responsáveis pela guarda e emprego dos recursos públicos.

Ademais, o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal estabelece que o TCU deve fiscalizar qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Especificamente no tocante à sua atuação na fiscalização das contas das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, o TCU decidiu que possui competência para exercer essa fiscalização em solução de consulta, que contém caráter normativo[3]. Eis o que restou decidido no

Acórdão nº 3.133/2012 – Plenário, cujo entendimento reafirmado no Acórdão nº 2.073/2015 – Plenário:

ACÓRDÃO Nº 3133/2012 – TCU – Plenário

1. Processo: TC 012.517/2012-7.
2. Grupo I - Classe III - Consulta.
3. Interessado: Garibaldi Alves Filho, Ministro de Estado da Previdência Social.
4. Órgão: Ministério da Previdência Social (MPS).
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: 5ª Secex.
8. Advogado constituído nos autos: Procuradores Federais/Consultores Jurídicos: Fabrício Cardoso de Meneses, Felipe de Araújo Lima, Roberta Simões Nascimento e Luis Fernando Bandeira de Mello.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre Consulta formulada pelo Ministro de Estado da Previdência Social, acerca de possíveis conflitos de competência entre o TCU e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) e outros órgãos na fiscalização de entidades fechadas de previdência complementar,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92, em:

9.1. conhecer da presente Consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 264 e 265 do Regimento Interno desta Corte;

9.2. esclarecer ao Consulente que:

9.2.1. os recursos que integram as contas individuais dos participantes das EFPC, quer oriundos do patrocínio de órgãos públicos ou de entidade de

natureza jurídica de direito privado, quer das contribuições individuais dos participantes, enquanto administrados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), são considerados de caráter público;

9.2.2. o Tribunal, quando for o caso de sua atuação fiscalizatória de primeira ou segunda ordem, sobretudo nas hipóteses de operações que gerem ou possam gerar prejuízos ao erário, verificará o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, bem como as regulações expedidas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar, pelo Conselho Monetário Nacional entre outras leis e normas infralegais, mediante a utilização dos procedimentos previstos em seu regimento interno, em suas resoluções administrativa, instruções e decisões normativas, a exemplo de tomadas de contas especiais, inspeções, auditorias, acompanhamentos, monitoramentos, relatórios de gestão etc.;

9.2.3. a competência constitucional do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos pelas EFPC, direta ou indiretamente, não ilide nem se sobrepõe a outros controles previstos no ordenamento jurídico, como o realizado pelos entes patrocinadores, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar e por outros órgãos a quem lei ou Constituição Federar atribui competência;

9.2.4. não cabe ao TCU impor parâmetros/metras de rentabilidade/eficiência aos fundos de pensão, a seus patrocinadores e aos órgãos de fiscalização, não se podendo olvidar que o TCU é competente para verificar a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a eficácia da aplicação dos recursos públicos, nos termos do arts. 37 e 71 da Constituição Federal, da Lei nº 8.443/92, bem como do seu Regimento Interno;

9.3. dar ciência do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam ao Ministro de Estado da Previdência Social.

(...).

O papel exercido pelo TCU no controle externo dos atos da Administração, notadamente na verificação da legalidade, legitimidade, eficiência e eficácia dos recursos públicos é imprescindível e deve ser sempre festejado. Não obstante, as referidas decisões devem ser adequadamente interpretadas, considerando o arcabouço legislativo das EFPC.

O Regime de Previdência Complementar, previsto no art. 202 da Constituição Federal é facultativo, de natureza privada, e é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral e aos regimes próprios de previdência social e se baseia na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. Como visa garantir a manutenção do padrão financeiro do trabalhador após a sua passagem para a inatividade, contribuindo, portanto, para o fomento da poupança nacional (no sentido de viabilizar a acumulação de capital para o futuro), seu caráter é complementar e se justifica pela existência de teto no RGPS.

O legislador constituinte dividiu o sistema de previdência complementar em dois grupos bem definidos: as entidades fechadas e as entidades abertas, deixando no campo de atuação do legislador complementar a sua normatização.

A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que revogou a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, normatiza, tal qual a lei revogada, todo o sistema de previdência privada nacional, classificando essas entidades sob dois aspectos: (i) conforme a relação entre elas (as entidades) e os participantes dos planos de benefícios ofertados, em entidades fechadas e entidades abertas (art. 4º) e (ii) conforme seus objetivos em entidades com fins lucrativos (caput do art. 36[4]) e entidades sem fins lucrativos (§ 1º do art. 31).

Nos termos do art. 26 da LC nº 109, de 2001, as entidades abertas são operadas por seguradoras ou por empresas específicas que realizam esse tipo de atividade e possuem planos de benefícios individuais, acessíveis a qualquer pessoa física, e coletivos, caso seu objetivo seja o de garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

Já as EFPC (conhecidas também como fundos de pensão) são entidades sem fins lucrativos acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente, aos (i) empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (denominados patrocinadores) e (ii) aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (denominadas instituidores). Eis o que dispõe o art. 31 da LC nº 109, de 2001:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

§ 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:

I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;

II - ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7º desta Lei Complementar[5].

§ 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

§ 4º Na regulamentação de que trata o caput, o órgão regulador e fiscalizador estabelecerá o tempo mínimo de existência do instituidor e o seu número mínimo de associados.

O legislador complementar dividiu as EFPC em duas: (i) as patrocinadoras, em que há a presença do patrocinador, que são empresas ou grupo de empresas privadas, ou o Poder Público, e seus planos de benefícios são acessíveis exclusivamente aos empregados dessas empresas ou grupo de empresas, e aosservidores do ente público (União, Estados, DF, Municípios) e (ii) as instituidoras, em que há a presença de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, cujos planos são acessíveis somente a seus membros.

Com efeito, o art. 70 da Constituição Federal parece autorizar apenas que a fiscalização exercida pelo TCU ocorra onde há recursos públicos, ou seja, dinheiro público envolvido.

Dessa feita, pela divisão legal das EFPC, apenas haverá recurso público envolvido nas entidades patrocinadoras, e desde que elas não se enquadrem no conceito de entidade estatal independente (que não recebe recurso para seu custeio)[6], na medida em que também há contribuições vertidas pelo ente público. As patrocinadoras relativas a empresas ou grupo de empresas privadas e as instituídas têm caráter estritamente privado, já que não há o envolvimento de dinheiro público, pois, além dessas entidades serem privadas, os recursos apenas são vertidos pelos participantes.

CONCLUSÃO

Como visto, nos casos em que não há recurso público envolvido, não há a incidência do parágrafo único do art. 70, bem como do inciso II do art. 71, ambos dispositivos da Constituição Federal.

Por consequência, não há que se falar em fiscalização a ser exercida pelo TCU, na medida em que sendo os recursos privados, não há a atração da função constitucional de fiscalização orçamentária e financeira exercida pela Corte de Contas.

Outrossim, em que pese a ausência de dinheiro público envolvido, as EFPC (assim como das estatais independentes), estão sob fiscalização da entidade pública legalmente investida para tanto, que é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, que exerce o controle dos atos praticados por essas entidades, inclusive sob os aspectos contábil e financeiro.

BIBLIOGRAFIA:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 2 de ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 de ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, ago 2018. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 2 de ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, ago 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 2 de ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. FUNDOS DE PENSÃO: coletânea de normas. Brasília: Ministério da Fazenda, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, 2017.

BRASIL. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Boletim do Tribunal de Contas da União Especial – v. 1, n. 1 (1982). Brasília: TCU, 1982Brasília, 2 de janeiro de 2015 - Ano XLVIII - Nº 1. Disponível em: <file:///C:/Users/02705172432/Downloads/regimento.pdf>. Acesso em: 2 de ago. de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.133/2012. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 21/11/2012. Disponível em: . Acesso em: 1º ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.073/2015. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 19/08/2015. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MosNo-aGnG0J:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultarPagina%3DS%26item0%3D531926+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

NOTAS:

[1] Art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 assevera que a supervisão ministerial é realizada pela Administração Direta em face da Administração Indireta:

"Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade."

[2] Frise-se apenas que, em homenagem à segurança e estabilidade jurídicas, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 limitou o exercício da autotutela no âmbito da Administração Pública Federal, ao prever, no *caput* de seu art. 54 que *"o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé"*.

[3] Conforme o Regimento Interno do TCU, *"A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto"* (Art. 263, § 3º).

[4] As entidades abertas estão vinculadas a instituições financeiras e seguradoras, e devem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima, cuja característica é a busca do lucro pelos administradores e favor dos sócios.

[5] Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

[6] Cf. art. 2º, III da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – LRF.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA E CIDADANIA

AMANDA SOUZA DE CASTRO:

Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Advogada.

RESUMO: Este artigo vem apresentar, de forma sucinta, a importância do orçamento participativo como instrumento de democracia e participação da comunidade, a fim de poder influenciar na definição do orçamento público e das prioridades de investimentos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: orçamento participativo democracia; participação popular; direito financeiro.

ABSTRACT: This article briefly presents the importance of participatory budgeting as an instrument of democracy and community participation in order to influence the definition of the public budget and public investment priorities.

KEYWORDS: participatory budgeting democracy; popular participation; financial law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Orçamento Participativo: conceito e previsão normativa – 3. Orçamento Participativo: os dois lados da moeda – 4. Há vinculação do Poder Executivo ao Orçamento Participativo? – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado Democrático de Direito trouxe consigo a premissa de que a soberania popular é a fonte primeira de todo e qualquer poder, disseminando na cultura ocidental a necessidade de participação popular e de representatividade como fonte de legitimação da democracia.

É sabido que a ampliação dos conglomerados urbanos e a consequente complexidade das questões políticas e urbanísticas ensejaram no abandono do Modelo Grego de Democracia Direta, por meio do qual os

cidadãos exerciam diretamente a potestade pública, deliberando diretamente e pessoalmente nos assuntos de interesse público das cidades-Estado.

Com consequência, abriu-se espaço para o monopólio da democracia indireta nos sistemas democráticos, a exemplo do que ocorreu na República Federativa do Brasil, que adotou a modalidade representativa, inspirada em figura contratual típica do direito civil: o contrato de mandato. Em aperta síntese, é como se o povo outorgasse uma procuração para que o representante fosse o seu procurador no exercício da potestade pública. Como nenhum sistema é desprovido de falhas e lacunas, a democracia atualmente vigente também enfrenta suas crises que nada têm a ver com aquela enfrentada pela democracia direta.

Trata-se de uma crise de representatividade que tem como origem fatores diversos, mas que permanece arraigada no seio social diante da falta de credibilidade do cidadão na idoneidade e na capacidade das instituições e dos agentes políticos.

A verdade é que a grande maioria dos cidadãos não se sente representado nas Câmaras Municipais, nas Assembleias Legislativas e nem mesmo no Congresso Nacional. É factível e o distanciamento de maciça parte da sociedade em relação às instâncias de tomada de decisão, que beira o descaso pela política, a ponto de nem mesmo saber quem é aquele que o representa.

O desequilíbrio entre o cidadão comum e agente político, bem como a insatisfação dos governados em relação aos seus governantes fez surgir a necessidade de “democratizar a democracia”, aproximando o exercício do poder político ao seu cidadão, através de mecanismos de democracia direta, tais como o plebiscito, o referendo e iniciativa popular.

O que pouca gente sabe é que esses não são os únicos instrumentos de reforço à qualidade das deliberações participativas e democráticas. A Constituição Federal ainda preconiza, por exemplo, a participação de trabalhadores em colegiados de órgãos públicos; a participação do usuário de serviço público na tomada de decisões das

concessões e permissões públicas; a legitimidade do cidadão para denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas; a participação de trabalhadores, empregadores e aposentados na gestão da seguridade; a gestão democrática do ensino público. Outros diplomas legais consagram, ainda, participação do cidadão em audiências públicas e no Conselho de Saúde.

Por último, mas nem por isso menos importante, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a figura do Orçamento Participativo, consistente na consulta popular no momento de elaboração da proposta orçamentária com fins de melhor decidir a aplicação e destinação do dinheiro público, o que será objeto de maior aprofundamento no presente estudo.

Diante dos problemas apresentados, parece intuitivo que a solução da crise de representatividade parece residir na integração entre o Estado e a Sociedade Civil através da participação discursiva e deliberativa dos interessados.

Nesse aspecto, a comunicação, a expressão de opiniões, ideias e vontades dos cidadãos ganha um papel de relevo, na medida em que decisões políticas devem se basear em razões públicas, levando em consideração as diversas e heterogêneas perspectivas existentes na sociedade.

Torna-se cada vez mais evidente a demanda por um espaço público de discussão que não se limite ao âmbito estatal ou aos agentes do Estado. Ao contrário, imperiosa a criação de mecanismos de participação direta na gestão política, como forma de qualificar as políticas públicas, uma vez que elas alcançarão efetivamente as necessidades experimentadas pela comunidade.

Como bem ministra o professor José Luiz Quadros de Magalhães, a tão desejada participação popular e o controle social ocorrerão de maneira mais efetiva e eficiente junto ao poder local, uma vez que a população se encontra mais sensível aos problemas urbanísticos do dia-a-dia. (MAGALHÃES, 2006).

Daí a primordialidade no fortalecimento das competências municipais e na busca da maior descentralização angariada na democracia participativa local capaz de romper as barreiras entre o Estado e a Sociedade Civil.

2. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: CONCEITO E PREVISÃO NORMATIVA

É indiscutível a importância do orçamento público na política e na economia do Estado, uma vez que através dele se planeja a execução dos programas de Governo, fixando-se despesas e distribuindo receitas de acordo com as necessidades públicas primordiais e secundárias em determinado exercício financeiro.

Nesse aspecto, a Constituição da República, em seu art. 165, conferiu ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de elaborar os projetos de lei orçamentária. É ele, portanto, que tem a incumbência de planejar a estimativa de receitas e a projeção de despesas por áreas (Saúde, Educação, Meio Ambiente, etc.), delineando, em última instância, o formato da gestão orçamentária e das contas municipais.

Obviamente, a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, na medida em que existem instrumentos de freios e contrapesos que equilibram a supremacia do Chefe do Executivo, a exemplo das propostas orçamentárias encaminhadas pelas instituições dotadas de autonomia administrativa e funcional como o Ministério Público e o Poder Judiciário e a apreciação e do projeto final pelo Poder Legislativo que pode, inclusive, alterá-lo e emenda-lo.

E é justamente sob essa perspectiva de controle das contas públicas que exsurge a importância do tema aqui tratado.

Mas o que realmente vem a ser Orçamento Participativo?

O sítio eletrônico oficial do Ministério do Planejamento o define como um importante instrumento de complementação da democracia representativa, através do qual a população decide as prioridades de

investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura.

Segundo Danilo R. Streck, propõe-se como um instrumento do Poder Executivo de escuta das comunidades, de prestação de contas e fiscalização da ação de estado por parte da comunidade. (STRECK, 2003, p. 122).

Em suma, nada mais é do que um mecanismo governamental que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, através da participação da comunidade, assegurando-se, assim, participação direta na definição de prioridades para os investimentos públicos

Sérgio de Azevedo sintetiza o procedimento básico do orçamento participativo:

“Embora variando bastante para cada cidade, os diferentes modelos do Orçamento Participativo possuem alguns pontos comuns. Normalmente, o processo tem início com a realização de assembleias que congregam moradores de bairros próximos localizados em cada uma das regiões tradicionais da cidade. Os moradores são então informados sobre a composição do orçamento municipal e o montante de recursos disponível, e são realizadas uma ou mais assembleias para a seleção das demandas da sub-região e a escolha dos delegados que irão defendê-las no Fórum Regional. Na seqüência do processo, os delegados eleitos nessas assembleias participam do Fórum Regional, em que definem uma ordem de prioridades das demandas de serviços e obras a serem encaminhadas ao Fórum Municipal.

Na instância regional, em muitos casos, é ainda realizada a escolha dos membros que irão representar cada região na Comissão ou Grupo encarregado do acompanhamento e fiscalização do Orçamento Participativo, por ocasião da implementação das obras

e serviços. Por fim, o Orçamento Participativo é consolidado no Fórum Municipal na versão que será encaminhada à Câmara dos Vereadores para apreciação dos parlamentares. Pode-se dizer que o Fórum Municipal é um evento de cunho político, no qual culmina todo o processo. Após o encaminhamento oficial da proposta ao legislativo municipal, há diferentes tipos de mobilização para que a população potencialmente beneficiada atue na Câmara de Vereadores, a fim de garantir a aprovação da maior parte das obras e serviços pactuados durante o processo do Orçamento Participativo.”

As primeiras experiências com Orçamento Participativo remontam à década de 80, de iniciativa de governos municipais alinhados a Movimentos Sociais, com a finalidade de criar processos orçamentários públicos transparentes que permitissem aos cidadãos o envolvimento direto nos resultados específicos das políticas públicas.

A partir da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000, o orçamento participativo passou a ser considerado como um dos instrumentos de transparência fiscal, consoante a redação do art. 48, parágrafo 1º, I daquele diploma legal.

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de

elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Oportuno consignar que a redação originária da Lei 101/2000, anterior à Lei Complementar n.º 131 de 2009 já elencava a participação popular como instrumento de transparência fiscal. A alteração legislativa posterior apenas modificou o parágrafo único para fins de acrescentar outros preceitos informativos à lisura orçamentária, tais como a “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público” (inciso II) e a “adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.” (inciso III) .

Da mesma forma, é possível se extrair um amparo constitucional ao Orçamento Participativo no art. 29, XII da Carta Maior, que estabelece como preceito à gestão dos Municípios a cooperação de associações representativas no planejamento municipal.

3. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: OS DOIS LADOS DA MOEDA

Como visto, os Orçamentos Participativos, ao promoverem a inserção popular na gestão pública municipal através do debate político econômico, permitem não só um controle mais eficiente da Administração Pública, como desperta nos atores sociais a consciência de responsabilidade com a coisa pública e um maior engajamento político nos problemas diários da comunidade.

De tal forma, o povo deixa de ser objeto da política e passa a atuar como protagonista da mesma, assumindo papel de relevo na definição das bases orçamentárias que servirão de alicerce às políticas públicas, estabelecendo, juntamente com os agentes políticos, as prioridades sociais na aplicação das receitas oriundas da tributação e no gerenciamento e distribuição das despesas públicas.

A abertura dos canais de participação popular, especialmente os comunicativos e deliberativos traz consigo a benesse de fortalecer a

democracia, na medida em que confere maior legitimidade à tomada de decisões.

Na grande maioria das vezes, porém, a democracia tem um custo. Mas com igual frequência ela vale o custo que gera, muito embora os resultados iniciais pareçam irrisórios.

É bem provável que num cenário ideal de participação popular direta ocorram problemas de operacionalização do Orçamento Participativo, tais como a alocação física para comportar os interessados num único espaço de debate, a organização por áreas ou distritos municipais, a forma de votação, a criação de Conselhos de Participação, a eleição de diretores a representar determinada categoria da sociedade ou região específica...enfim, são inúmeros os desenhos institucionais que a legislação municipal pode conferir para viabilizar a concretização da efetiva inserção popular e, conseqüentemente, a necessidade de se adaptar a estrutura administrativa para tais fins.

Outro fator a ser considerado na aplicação do orçamento participativo perpassa pela necessidade de conhecimentos mínimos acerca de orçamento público e de seu papel enquanto instrumento de gerência e controle de recursos.

Daí questionar-se se a população teria capacidade técnica para decidir sobre gestão urbana, especialmente considerando que a grande massa da sociedade ainda tem dificuldades de acesso ao Ensino Básico ou baixa escolaridade.

Afinal, são maiores as chances de se alcançar resultados positivos quando as decisões relativas ao ato de planejar e orçar provêm daqueles que possuem expertise para tanto.

Todavia, não se pode olvidar que nem sempre o próprio Chefe do Poder Executivo possui tal expertise. Até mesmo decisões que aparentam ser puramente políticas e discricionárias podem pressupor conhecimentos específicos que fogem ao âmbito de competência do Prefeito. Por exemplo, a viabilidade e o impacto orçamentário no aumento ou na redução da tarifa

de ônibus, por exemplo, fato este que atualmente têm causado desconforto social no Município de Manaus. Deve-se questionar: Qual o impacto na folha de pagamento dos trabalhadores rodoviários? Qual o impacto pra os usuários do serviço público? A majoração da tarifa traria alguma melhora na prestação do serviço. Na maioria das vezes, decisões como estas também passam pelo crivo estudos ou da oitiva dos interessados, de especialistas e de órgãos técnicos.

Ora, por que não estender esse debate à toda a comunidade? Não existem óbices a que eventuais esclarecimentos ou estudos sejam igualmente apresentados à população, expondo de forma clara e informal as vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades de escolha.

Afinal, a garantia da participação popular não deve ser vista sob uma perspectiva meramente formal, não bastando que se confira um espaço público ao debate. Ao contrário, deve-se possibilitar o efetivo acesso do leigo às matérias de interesse público, preparando-o e habilitando-o para melhor exercer a sua cidadania.

A abertura dos canais de participação política contribui para o despertar da consciência política do cidadão e fertiliza o terreno para uma culta de educação acerca da coisa pública que já deveria vir de base, através do estímulo aos estudantes e às escolas a frequentarem tais espaços e a participarem do diálogo.

Talvez seja este o recurso (educação e conscientização) para combater o baixo percentual de participação da população no Orçamento Participativo, como foi constatado nas poucas experiências brasileiras que decidiram incorporar esse sistema.

O perfil socioeconômico e a baixa escolaridade de determinadas camadas da sociedade também podem gerar uma desigualdade na deliberação popular. Os grupos mais abastados poderiam se fazer representar por advogados ou consultores técnicos e conduzir o debate político a interesses corporativos, em detrimento daquele cujo acesso à participação é limitado por razões de ordem material ou intelectual.

À título de exemplo, por mais que o cidadão que labora como montador no Distrito Industrial de Manaus tenha plena ciência dos problemas pelos quais passa o seu bairro ou o coletivo que o transporta, é bem difícil imaginar que, perfazendo uma jornada de trabalho que muitas vezes chega a 10 (dez) horas diárias, encontre tempo para comparecer a uma sessão pública de orçamento participativo.

Sob tal perspectiva, até se mostra interessante a divisão da cidade em distritos ou bairros com a eleição de diretores ou representantes que possam levar as insatisfações locais e as propostas de investimento ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Por outro lado, corre-se o risco de que esta segunda via de representatividade ceda a pressões de categorias corporativas de maior poder econômico, ou sucumba à manipulação de políticos mal-intencionados, que apenas têm como objetivo corresponsabilizar a população pelos eventuais fracassos da gestão pública.

4. HÁ VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO AO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO?

Um tema que suscita intenso debate doutrinário diz respeito à (im) possibilidade de vinculação do Orçamento Participativo ao Chefe do Poder Executivo. Em outras palavras, poderia determinada lei municipal estabelecer que as decisões dos órgãos de consulta popular vinculam a vontade do Chefe do Poder Executivo? E, caso a resposta seja negativa, a ausência de vinculação comprometeria a eficácia do instituto?

Parece defensável a tese de que muito embora o Orçamento Participativo seja uma prática a ser estimulada e incorporada a cultura fiscal de nossos Municípios, a vinculação encontraria um limite intransponível, que é o fato de Chefe do Poder Executivo ter a última palavra para dar o formato da Lei Orçamentária.

Por outro lado, como visto anteriormente, a participação popular deve ser um espaço de decisão e não somente de ideias. O que significa dizer: o desacatamento da consulta popular deve ter o condão de gerar um ônus argumentativo adicional para o administrador, que deverá prestar

satisfação à população, explicando o porquê de a proposta orçamentária popular ter se mostrado inconveniente ou inoportuna.

Inclusive, a necessidade de motivação e fundamentação do ato que contraria o orçamento decorrente de deliberação social deveria ser vista como obrigação inarredável e cogente ao administrador. É possível imaginar um cenário em que o descumprimento do dever de motivar resulte em sanção administrativa ao Chefe do Poder Executivo.

Penso, contudo, que nada impede a criação de um desenho institucional por meio do qual se preveja hipóteses excepcionais aptas a autorizar a vinculação do Chefe do Poder Executivo, como forma de ponderar instrumentos constitucionais da democracia indireta com garantias típicas de uma democracia direta.

É bem provável, no entanto, que um dispositivo legal que preconize a vinculação da vontade do Chefe do Poder Executivo seja questionado no Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, possui jurisprudência no sentido de que a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições precípua a outro poder, como é a elaboração do orçamento, padece de inconstitucionalidade. Vejamos precedentes judiciais nesse sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE SÃO PAULO. CRIAÇÃO DE CONSELHO ESTADUAL DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO SANGUE - COFISAN, ÓRGÃO AUXILIAR DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I - Projeto de lei que visa a criação e estruturação de órgão da administração pública: iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e, CR/88). Princípio da simetria. II - Precedentes do STF. III - Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual paulista 9.080/95. (ADI nº 1.275/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 08/06/2007)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.385/2002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE CRIA O PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA ÀS PESSOAS PORTADORAS DA DOENÇA CELÍACA E ALTERA AS ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para legislar sobre a organização administrativa do Estado. Art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República. Princípio da simetria. Precedentes (...) (ADI nº 2.730/SC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 28/5/2010)

No julgamento do Agravo de Instrumento 222351, do Rio Grande do Sul, publicado no DJe em 03/09/2010, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, questionou-se a constitucionalidade da Lei n.º 4.123/96, de Canoas, que instituiu a participação direta da população no planejamento, deliberação e fiscalização de tudo quanto diga respeito à elaboração de lei orçamentária anula, garantindo, ademais, que essa participação popular se daria a partir de regiões político-administrativas da cidade e de plenárias temáticas municipais, obrigando o Poder Executivo a promover o assessoramento técnico das decisões a serem tomadas, cominando-lhe, ademais, prazo para regulamentar todos os diversos aspectos daquela lei.

Na ocasião o Min. Dias Toffoli negou seguimento ao Agravo, por entende que os fatos demonstravam como nitidez a interferência indevida do Poder Legislativo na esfera de poder do Executivo, caracterizando, assim, o vício de inconstitucionalidade.

Por tais precedentes, vê-se que, de fato, é no mínimo questionável a constitucionalidade de uma lei que estabeleça a vinculação da proposta orçamentária popular, pelo menos quando a iniciativa da mesma parte do Poder Legislativo.

O vício talvez fosse afastado caso a iniciativa da lei fosse do próprio Poder Executivo, que possui a prerrogativa de legislar sobre as normas de

elaboração orçamentária. Sob um ponto de vista prático, porém, é bem difícil conjecturar o Chefe do Executivo autolimitando seus poderes políticos, criando um instrumento que, no futuro, pode ser usado contra si mesmo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, a democracia brasileira ainda demanda progressão. Atualmente, o exercício da cidadania, na consciência da maioria do povo, se limita ao direito de votar e ser votado. Deposita-se toda a esperança de melhora da realidade social nas promessas – por vezes vazias – dos agentes políticos.

Nesse aspecto, a democratização do processo decisório e a abertura dos canais de participação popular não só confere maior legitimidade às decisões tomadas pelo administrador, aumento a probabilidade de acerto, como também compartilha com a sociedade a responsabilidade pelas opiniões deliberadas.

Afinal, os problemas vivenciados na cidade são primeiramente identificados pela comunidade, na rotina diária das ruas e bairros pelos quais frequentamos.

À luz de tais considerações, o Orçamento Participativo propicia o bom exercício da democracia e do aprendizado político, uma vez que o cidadão adquire novos conhecimentos sobre a realidade local e o regional, aprendendo sobre a organização e o funcionamento da sociedade; do quanto se gasta com o funcionalismo público; do quanto se destina à educação e à saúde e sobre a importância do dinheiro público.

De um lado, é certo que o Orçamento Participativo representa um mecanismo de deliberação e transparência na efetivação das políticas públicas, mas por outro, não se encontra isento dos riscos de captura, de corporativismos ou de manipulações políticas por meio de agentes mal-intencionados.

Ademais, não é desarrazoado questionar a eficácia do instituto, na medida em que as poucas experiências brasileiras não foram suficientes

para inspirar a sua expansão. Soma-se a isto a questionável constitucionalidade de previsão legislativa que pretenda vincular as decisões de consulta popular à vontade do Chefe do Poder Executivo que, como visto, vem sendo rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Imerso nessa perspectiva, o presente artigo buscou refletir, em linhas gerais, sobre algumas das questões relativas ao orçamento participativo, pretendendo, assim, estabelecer um fio condutor de raciocínio que permita evidenciar a importância e os riscos na adoção do instituto em apreço.

6. REFERÊNCIAS

AVRITER, Leonardo. O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. Rede Brasileira de Orçamento Participativo, 2010. Disponível em: http://www.pbh.gov.br/redebrasileiraop/html/biblioteca/LeonardoAvritzer_port.pdf.

AZEVEDO, Sérgio de. "Os desafios para o exercício da cidadania política nas sociedades modernas. In: SEMINÁRIO CIDADE, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL, 2003, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro, 2003.

BALESTERO, Gabriela Soares. "Os orçamentos participativos como instrumento de participação popular na efetivação das políticas públicas". Disponível em http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/os_orcamentos_participativos_como_instrumento_de_participacao_popular_na_efetivacao_das_politicas_publicas.pdf

GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira. "Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal"

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. "Curso de Direito Financeiro". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Danilo R. "Educação para um novo contrato social". Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Brasil. Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm

ADI n.º 2.730/SC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 28/5/2010

ADI n.º 1.275/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 08/06/2007

ADI n.º 222351, Relator Dias Toffoli, DJe de 03/09/2010.

O ESTIGMA DE GÊNERO APLICADO A MULHER FRENTE UMA SOCIEDADE PATRIARCAL

LÍVIA DO AMARAL E SILVA

LINCK: Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo, através da análise doutrinária da criminologia sociológica e feminista, compreender o estigma de gênero aplicado a mulher frente uma sociedade patriarcal através de uma breve análise do histórico das opressões sofridas pelo gênero feminino, do etiquetamento imposto a mulher e do *labeling approach* aplicado a situação da mulher no sistema penal. No mais, desde os primórdios da humanidade, do Período Neolítico a introdução da mulher como profissional fora do âmbito do lar, a mulher é colocada, na sociedade, no papel de coadjuvante, e não de protagonista, como ocorre com o homem, devendo manter-se mera acompanhante do gênero masculino. A mulher, apesar da incessante busca pela libertação do estigma de mãe, responsável pelos ócios do lar e esposa devota ao marido, segue com esse estereótipo e, caso não siga esse padrão, é vista e tachada como alguém que apresenta um comportamento fora do comum. Assim, a pesquisa buscou constatar que o estigma do gênero feminino interfere na visão da mulher em uma sociedade patriarcal, uma vez que a mulher não pode fugir do rótulo previamente estabelecido – ou seja, de submissa ao gênero masculino.

Palavras-chave: Mulher. Estigma. Patriarcado. Mãe. Coadjuvante.

ABSTRACT: The objective of this article is to understand the gender stigma applied to women before a patriarchal society through a brief analysis of the history of the oppressions suffered by the female gender, the labeling imposed on women and the labeling approach applied to the situation of women in the penal system. From the earliest days of humanity, from the Neolithic Period to the introduction of women as professionals outside the home, women are placed, in society, in the role of coadjutant, not protagonist, as is the case with man, and must remain mere companion of the male gender. The woman, despite the incessant search for the liberation

of the stigma of mother, responsible for the idleness of the home and wife devoted to her husband, continues with this stereotype and, if she does not follow this pattern, she is seen and branded as someone who behaves out of the ordinary. Thus, the research sought to verify that the stigma of the female gender interferes with the view of the woman in a patriarchal society, since the woman can not escape the label previously established - that is, submissive to the masculine gender.

Keywords: Woman. Stigma. Patriarchate. Mother. Supporting.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRICO DE OPRESSÕES VIVIDAS PELA MULHER. 3. O ETIQUETAMENTO DO GÊNERO FEMININO. 4. O LABELING APPROACH APLICADO À QUESTÃO DA MULHER NO SISTEMA PENAL. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a temática envolvendo o estigma de gênero aplicado a mulher frente uma sociedade patriarcal através de uma breve análise do histórico das opressões sofridas pelo gênero feminino, do etiquetamento imposto a mulher e do *labeling approach* aplicado a situação da mulher no sistema penal.

Ademais, observando o decorrer da história, é possível perceber o embate travado pela mulher por querer se libertar de uma sociedade que a oprime e a estereotipa como mãe e dona de casa, responsável por manter a ordem e a organização da família. Em diversos momentos ímpares da história, o gênero feminino tenta manifestar sua necessidade de ser visto como equânime ao homem buscando ter voz e visão em uma sociedade patriarcal.

Outrossim, desde os primórdios da humanidade, a mulher é colocada, diante de uma sociedade patriarcal, no papel de coadjuvante, e não de protagonista, como ocorre com o homem, devendo manter-se mera acompanhante do gênero masculino. O gênero feminino, apesar da incessante busca pela libertação do estigma de mãe, responsável pelos

ócio do lar e esposa devota ao marido, segue com esse estereótipo e, caso não siga esse padrão, é vista e tachada como alguém que apresenta um comportamento fora do comum.

No mais, a teoria do etiquetamento aplicada ao gênero feminino pode ser percebida, no sistema penal, principalmente no sistema carcerário, quando a mulher é rotulada pela prática de determinados crimes, sendo afastada como autora de delitos que não costumam ser cometidos por ela, de acordo com o entendimento já estipulado pela sociedade. O estigma influencia na visão da mulher como autora de determinados delitos em detrimento de outros, devido ao rótulo já firmado pelo patriarcado que a cerca, graças à sua vulnerabilidade social e de gênero imposta.

Em suma, é indubitável que a mulher é vista e etiquetada como passiva e submissa ao homem, em decorrência de anos de exclusão do gênero feminino da participação social graças ao patriarcado, no qual as mulheres foram reconhecidas e rotuladas como responsáveis pela prole e pelo lar. Logo, a mulher apesar de ser tratada e entendida pela sociedade como responsável pelo papel de mãe e encarregada dos ofícios do lar, tomou consciência de si e do poder de se libertar do casamento e das funções maternas pelo trabalho, não mais se sujeitando com docilidade aos mandos e desmandos do homem e do pensamento patriarcal.

2 BREVE HISTÓRICO DE OPRESSÕES VIVIDAS PELA MULHER

Analisando o decorrer da história, é possível vislumbrar o embate travado pela mulher por querer se libertar de uma sociedade que a oprime e a estereotipa como mãe e dona de casa, responsável por manter a ordem e a organização da família. Em diversos momentos ímpares da história, a mulher tenta manifestar sua necessidade de ser vista como equânime ao gênero masculino, podendo ter voz e visão em uma sociedade patriarcal.

A exclusão do gênero feminino da construção dos registros durante a história reforça a aceitação da ideologia patriarcal, consequência dos mais de 2.500 anos em que as mulheres estiveram privadas de voz e conhecimento. O patriarcado pode ser entendido como uma maneira de organização social aderente apenas à metade masculina da espécie

humana, caracterizado pela dominância dos homens e a subordinação das mulheres, que ocorre através do controle do homem sobre os interesses e perspectivas do mundo.[1]

A mulher, desde os primórdios do surgimento da humanidade, sempre foi subordinada ao homem, pois, já na época da Pré-História, no período Neolítico, quando acontece o surgimento da agricultura e, conseqüentemente, da sedentarização dos seres humanos, a mulher acaba exercendo os trabalhos domésticos, porque só eles eram conciliáveis com os encargos da maternidade. Assim, na horda primitiva, os indivíduos se instalavam em um território e se apropriavam dele, vivendo de forma coletiva.[2] Na Grécia, a mulher ocupava uma posição semelhante à do escravo, tendo, novamente, como função primordial, a reprodução da espécie humana, bem como a produção daquilo que era ligado à subsistência dos sujeitos, como, por exemplo, a alimentação através da agricultura.[3]

Ademais, é importante destacar que, na Idade Média, houve um marco importante para o retrocesso da visão da mulher em sociedade, o *Malleus Maleficarum*, conhecido como Martelo das Feiticeiras – o primeiro discurso criminológico, de acordo com o entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni. A obra, amplamente conhecida por ser um manual de caça às bruxas, que recorria aos textos do Antigo Testamento, da Antiguidade Clássica e de demais autores medievais para comprovar a inferioridade feminina, traz à tona formas cruéis de tortura, ensinando como martirizar mulheres que eram vistas como bruxas.[4] No mais, Soraia da Rosa Mendes destaca:

Embora o Martelo das Feiticeiras tenha tido seus antecessores, é nesse texto que se estabelece uma relação direta entre a feitiçaria e a mulher a partir de textos do Antigo Testamento, dos textos da Antiguidade Clássica e de autores medievais. Nele constam afirmações relativas à perversidade, à malícia, à fraqueza física e mental, à pouca fé das mulheres e, até mesmo, à classe de homens que seriam imunes aos seus feitiços.[5]

Foi com o Martelo das Feiticeiras e com os ensinamentos disseminados por Heinrich Kramer e James Sprenger, inquisidores e autores da obra, que as mulheres ficaram ainda mais estereotipadas como sendo inferiores aos homens, tanto na mente quanto no corpo. Nesse contexto, o período histórico conhecido como “caça às bruxas” ficou marcado como uma prática misógina de perseguição aos indivíduos, mas, principalmente, às mulheres.[6]

Atualmente, com o mundo globalizado, a mulher segue travando batalhas e tentando ser aceita como equânime aos homens, mesmo essa vontade não sendo efetivamente reconhecida. A mulher que busca sua independência no trabalho tem muito menos possibilidades do que seus concorrentes homens; em muitos locais, as tarefas atribuídas a elas são menos especializadas, por isso, seu salário é inferior ao de um operário qualificado.[7]

A supremacia masculina se encontra em todas as classes sociais de uma sociedade e, mesmo que uma mulher assuma uma posição superior à de um homem, ela não será eximida de se sujeitar ao julgamento de outro homem – seja ele pai ou companheiro, por exemplo. A mulher, apesar de estar encontrando cada dia mais autonomia perante a questão de gênero, ainda segue sendo estereotipada até os dias atuais como mãe e responsável pelo bom andamento das atividades que ocorrem no lar, de acordo com o entendimento de uma sociedade patriarcal, não podendo se ausentar por completo dessas questões, que são essencialmente suas.[8] Assim sendo, Simone de Beauvoir realça:

O privilégio econômico detido pelos homens, seu valor social, o prestígio do casamento, a utilidade de um apoio masculino, tudo impele as mulheres a desejarem ardorosamente agradar aos homens. Em conjunto, elas ainda se encontram em situação de vassalagem. Disso decorre que a mulher se conhece e se escolhe, não tal como existe para si, mas tal qual o homem a define. Cumpra-nos, portanto descrevê-la primeiramente como os homens a sonham, desde que

seu ser-para-os-homens é um dos elementos essenciais de sua condição concreta.^[9]

Em suma, com os ensinamentos dos episódios históricos vividos, a mulher se torna mais autônoma em relação ao homem e aos filhos na busca por seus anseios. Apesar de ser tratada e vista pela sociedade como mãe e responsável pelo lar, a mulher tomou consciência de si e do poder de se libertar do casamento e das funções maternas por meio do trabalho, não mais se sujeitando com docilidade aos mandos e desmandos de uma sociedade patriarcal.

3 O ETIQUETAMENTO DO GÊNERO FEMININO

Desde os primórdios, a mulher é colocada, na sociedade, no papel de coadjuvante, e não de protagonista, como ocorre com o homem, devendo manter-se mera acompanhante do gênero masculino. O gênero feminino, apesar da incessante busca pela libertação do estigma de mãe, responsável pelos ócios do lar e esposa devota ao marido, segue com esse estereótipo e, caso não siga esse padrão, a mulher é vista e tachada como alguém que apresenta um comportamento fora do comum.

Tinha razão Simone de Beauvoir ao afirmar que “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”^[10], pois o corpo e a mente feminina devem ser instrumentos de liberdade, e não uma essência definidora e limitadora, assumindo algum outro quando necessário for.^[11] As mudanças a partir da noção de gênero produziram novas formas de ver o mundo, desconstruindo a base biológica dos comportamentos femininos e masculinos, possibilitando uma nova dialética dos costumes sociais, com novos comportamentos e, conseqüentemente, mudanças relativas à condição da existência de homens e mulheres e da relação entre eles, reciprocamente.^[12]

Assim, a articulação feminista se propõe a ser um catalisador de mudanças sociais para o gênero feminino e, também, para a sociedade, buscando evidenciar a presença da mulher e seus anseios diante o patriarcado que tanto a reprime.^[13] O retrato da mulher questionado pelas feministas reflete a dominação masculina, negligenciando a mulher e, dessa

maneira, contribuindo para sua invisibilidade como sujeito de conhecimento e de direito.[\[14\]](#)

A diferenciação entre homem e mulher pressupõe uma definição do que são as características que formam a identidade do masculino e do feminino. Não apenas as mulheres aprendem a ser femininas e submissas, e são controladas pelo outro gênero por causa disso, mas também os homens são vigiados na manutenção de sua masculinidade.[\[15\]](#) Ademais, compartilha do mesmo entendimento Linda Nicholson ao explicar que:

Em resumo, não se trata apenas dizer que certas *ideias* específicas sobre mulheres e homens – “as mulheres são cuidadosas em suas relações, capazes de alimentar, proteger e cuidar, enquanto os homens são agressivos e combativos” – estão sendo generalizadas equivocadamente; quero dizer que também estão sendo generalizadas equivocadamente, e possibilitando generalizações adicionais sobre o caráter, certos pressupostos sobre o corpo e sobre sua relação com o caráter – “existem aspectos comuns nos dados diferenciadores do corpo que geram aspectos comuns nas classificações do humano através de diferentes culturas e nas reações dos outros diante daqueles que assim são classificados”.[\[16\]](#)

Esse simbolismo estereotipado e estigmatizante referente ao gênero feminino, o qual homens e mulheres reproduzem, apresenta a polaridade de valores históricos e culturais como se fossem diferenças naturais. Nessa perspectiva, as mulheres são vistas como representantes de um gênero que é subordinado a outro (o masculino), na medida em que determinadas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e cargos profissionais, são entendidos como naturalmente ligados a um indivíduo em detrimento de outro.[\[17\]](#) Assim, os papéis de gênero são responsáveis pela consolidação de um discurso que constrói a identidade do homem e da mulher, e acabam encarcerando ambos em seus limites – dos quais o decorrer da história deve libertá-los.[\[18\]](#)

Como já explicitado, a mulher, durante seu convívio social, foi encarregada dos trabalhos domésticos, pois só eles eram conciliáveis com os encargos da maternidade, encerrando-a na repetição e na iminência da rotina. Essas atribuições se reproduzem dia após dia, da mesma maneira, perpetuando a rotina de conciliação da maternidade com o papel de mãe através dos séculos, apesar de a gestação ser um trabalho cansativo que não traz efetivamente nenhum benefício individual à mulher, exigindo dela, no entanto, numerosos sacrifícios.^[19]

O gênero feminino e o masculino são criações culturais e, portanto, comportamentos adquiridos através do processo de socialização, que condiciona diferentemente cada indivíduo para cumprir funções específicas e diversas de acordo com o seu papel em sociedade.^[20] Assim, sobre o comportamento imposto à mulher como responsável pelo lar e por prover a prole, Simone de Beauvoir esclarece: “Cumpre-nos ver, portanto, como se vive concretamente essa condição essencialmente definida pelo ‘serviço’ da cama e o ‘serviço’ da casa e na qual a mulher só encontra sua dignidade aceitando sua vassalagem”.^[21]

Assim, a condição de ser mulher pode ser vista como um resultado do conjunto articulado de uma civilização, que elabora o que se qualifica e, de forma ainda mais insultuosa, como deve se expressar o feminino frente à sociedade. As atribuições de papéis sociais diferentes para o gênero feminino e para o masculino, constituídas a partir de ocorridos históricos, permitem a perpetuação de uma assimetria entre os gêneros, cujo complexo de fenômenos opressivos articula a inferioridade, a discriminação, a dependência e a subordinação das mulheres, tornando-as reféns em decorrência da sua condição submissa.^[22]

A realidade já não cede à teoria. Apesar da opressão do patriarcado, as mulheres estão indo em busca de novas realizações e conquistas, desvencilhando-se da sombra do homem, marido e companheiro que tanto as ofuscou. Enfim, parece que já não há mais dúvidas de que as mulheres sabem inovar na reorganização dos espaços físicos, sociais, culturais, intelectuais e científicos, construindo, assim, novas formas de pensar e de viver, não mais baseadas no pensamento machista e rotulado que lhe foi imposto.^[23]

Em síntese, apesar de a nossa sociedade ser patriarcal em seu âmago, tratando o gênero feminino como submisso ao masculino e rotulando a mulher como a figura sensível, materna e cuidadosa da relação, essa imagem está se tornando defasada diante da busca pela quebra dos paradigmas e pela independência feminina. A mulher precisa ser vista e respeitada da forma como ela deseja, livre de estigmas sociais, buscando a sua autonomia após anos vivendo na sombra da figura masculina que a cercava.

4 O LABELING APPROACH APLICADO À QUESTÃO DA MULHER NO SISTEMA PENAL

A teoria do etiquetamento aplicada ao gênero feminino pode ser vista, no sistema penal, principalmente no sistema carcerário, quando a mulher é rotulada pela prática de determinados crimes, sendo afastada como autora de delitos que não costumam ser cometidos por elas, de acordo com o entendimento já estipulado pela sociedade. O estigma influencia na visão da mulher como autora de determinados delitos em detrimento de outros, devido ao rótulo já firmado pelo patriarcado que a cerca, graças à sua vulnerabilidade social e de gênero.

A função real do sistema jurídico criminal não é de combater, reduzir ou eliminar a criminalidade, protegendo o bem comum e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, a de construir uma sociedade com uma visão seletiva e estigmatizante, reproduzindo as desigualdades e assimetrias sociais, de classe e de gênero. Esse entendimento é chamado de eficácia invertida, em que o sistema criminal acaba criando mais conflitos do que efetivamente resolvendo os já existentes, gerando mais discórdia através da rotulação dos indivíduos.^[24]

A seletividade é a função verdadeira e lógica estrutural do sistema penal, comum às sociedades patriarcais, e não há nada mais eficaz para simbolizar essa seletividade do que analisar a população carcerária.^[25] A reprodução da violência, a criação de condições para condutas ainda mais lesivas, a corrupção institucional, a concentração do poder nas mãos de poucos indivíduos, a verticalização social e a destruição das relações

horizontais são características estruturais do exercício do poder dos sistemas penais.[\[26\]](#)

Os modos de inserção feminina e sua seleção pelo poder punitivo estão relacionados diretamente à sua vulnerabilidade social e de gênero, a partir do perfil homogêneo de mulheres que possuem sua liberdade privada, assim como dos relatos de sua trajetória até culminar no cometimento de um delito. Os relatos de vida das mulheres autoras de crimes indicam a necessidade de se observar fatores que abarcam as configurações emotivas socialmente construídas no marco das relações e representações de gênero ao longo da história da mulher em sociedade.[\[27\]](#)

O crime de maior ocorrência entre as mulheres é o tráfico de entorpecentes, representando cerca de 57% do total de mulheres encarceradas em nosso país. Em sua maioria, essas mulheres tinham funções subordinadas e marginalizadas, dificilmente atuavam como chefes da quadrilha.[\[28\]](#) Em geral, a mulher ocupa as posições mais subalternas do tráfico de drogas, atuando, por exemplo, como “mula”, “avião”, “bucha”, “fogueteira” e “vapor”, funções que demandam contato direto com a droga, ocasionando maior risco de ser presa.[\[29\]](#) No mais, acerca das mulheres reclusas em nosso sistema penal, Camila Belinaso de Oliveira enfatiza:

Ainda, dados do mês de julho de 2015 do Departamento de Segurança e Execução Penal do Rio Grande do Sul (DESEP) mostram um total de 1.716 mulheres em situação de cárcere, representando uma maioria de reclusas jovens, 55,87% com 34 anos ou menos; com instrução escolar precária (analfabeta, alfabetizada ou ensino fundamental incompleto), totalizando 61,23%. Quanto ao motivo pelo qual estão presas, 96,95% são acusadas e/ou condenadas por distintos delitos relacionados ao tráfico de drogas, com alto índice de reincidência, 52,50%.[\[30\]](#)

Assim, a imensa maioria das mulheres em situação de cárcere se encontra detida pelo delito de tráfico de drogas por serem esposas, mães

ou amantes dos traficantes, tendo a sua relação com esses homens como base da transgressão e do cometimento do delito, novamente reforçando a ideia da mulher vista como mera acompanhante. Normalmente, as mulheres que cometem o delito do tráfico de entorpecentes cometem esse crime ao lado dos homens, sendo detidas e apreendidas juntamente com eles, ou são pressionadas a cometerem o delito no lugar do homem preso, normalmente através da visita conjugal, que representa uma das obrigações com o companheiro e que deve ser cumprida.[\[31\]](#)

Ao delinquir, a mulher rompe não só com a lei penal, mas também com o seu papel cultural em sociedade – com o estigma de mulher honesta –, violando duplamente a norma, razão pela qual é também duplamente punida quando adentra as esferas formais de controle do sistema penal.[\[32\]](#) Já afirmava Simone Brandão de Souza: “Fecha-se, assim, um circuito perverso de exclusão social”[\[33\]](#), demonstrando que, com a prisão, há o desfecho da supressão da mulher da vida em sociedade, pois, uma vez já sofrendo os estigmas de gênero, sendo diminuída em vários âmbitos sociais, como, por exemplo, o salarial, agora a mulher é de fato excluída, já que, ao adentrar o mundo prisional, anteriormente ocupado pelos homens, quebra a ideia de ser dócil, passiva e menos suscetível à prática de comportamentos violentos.

Outro rótulo que é de suma importância ser mencionado é o que coloca a mulher criminosa como aquela que, mesmo inconscientemente, se rebela contra o papel social a ela destinado. Esse rótulo traz a ideia de que a mulher delinquente é aquela que não consegue cumprir o seu papel previamente estipulado pela sociedade, recorrendo ao mundo do crime, com o entendimento de que o crime praticado por uma mulher seria uma ação masculinizante dela.[\[34\]](#) Outrossim, Simone Martins assegura:

Na busca por identificações físicas das criminosas natas para melhor proteger a sociedade delas, a figura da mulher masculinizada, viril, tão agressiva quanto o homem, também é condenada. A atávica, tão semelhante ao selvagem, que não apresentaria amor materno seria capaz de matar o próprio filho, também é considerada perigosa. Mas essas figuras de mulher

criminosa que são enunciadas pelo discurso criminológico positivista não o são por oferecerem um perigo às outras pessoas, mas por oferecerem risco à sociedade em sua moralidade e costumes. Desta forma, a neutralização desses sujeitos se fez, também historicamente, necessária.[\[35\]](#)

Assim, o mito de que a mulher não comete delitos não é relacionado a questões biológicas que a diferem do homem, mas à sua repressão diferenciada no tempo e no espaço, causada por códigos que se preocupam em neutralizar aquela que colocaria em risco a família para além da segurança pública.[\[36\]](#) Isto é, as estatísticas de que o gênero feminino delinque menos que o gênero masculino não são meramente relacionadas à causalidade de gênero, mas ao modo de vida doméstico, privado, em que as relações vitais e o conjunto de obstinações obrigam as mulheres a serem boas e obedientes, perpetuando sua passividade e submissão.[\[37\]](#)

A figura da mulher delinvente acaba, por vezes, não sendo mencionada pelo discurso criminológico, pois oferece riscos ao bem comum, aos costumes e à moralidade impostos por uma sociedade patriarcal, que carrega a ideia de uma mulher submissa, jamais cometidora de crimes perigosos, que, no máximo, atua como cúmplice do companheiro/marido no cometimento de delitos. Portanto, a análise da mulher criminosa deve ser investigada e exposta apesar dos estigmas estipulados ao gênero feminino, que o classificam como dócil, passivo e honesto. Contrariando o proposto pelo patriarcado de que não deveria haver criminosas, a mulher é tão capaz do cometimento de delitos quanto o homem – sejam esses delitos cometidos em cumplicidade com o homem ou não –, e esses crimes devem ser discutidos e analisados pelo sistema jurídico criminal da mesma forma como ocorre no caso do gênero masculino.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar ao leitor uma análise sobre o estigma de gênero aplicado a mulher frente uma sociedade

patriarcal. Ainda, a pesquisa trouxe uma breve análise do histórico de opressões sofridas pelo gênero feminino, do etiquetamento imposto a mulher e do *labeling approach* aplicado a situação da mulher no sistema penal.

Diante disso, explanou-se a respeito das opressões sofridas pela mulher no decorrer da história, percebendo o embate travado pela mulher para se libertar de uma sociedade que a oprime e a estereotipa como mãe e dona de casa, responsável por manter a ordem e a organização da família. Em diversos momentos ímpares da história, o gênero feminino manifestou sua necessidade de ser visto como equânime ao homem buscando ter voz e visão em uma sociedade patriarcal.

Após, analisou-se que a mulher é colocada, desde os primórdios da humanidade, diante de uma sociedade patriarcal, no papel de coadjuvante, e não de protagonista, como ocorre com o homem, devendo manter-se mera acompanhante do gênero masculino. A mulher, apesar da incessante busca pela libertação do estigma de mãe, responsável pelos ócios do lar e esposa devota ao marido, segue com esse rótulo e, caso não siga esse padrão, é vista e definida como alguém que apresenta um comportamento fora do comum.

Destacou-se, ainda, a teoria do etiquetamento aplicada ao gênero feminino no sistema penal, principalmente no sistema carcerário, quando a mulher é rotulada pela prática de determinados delitos, sendo afastada como autora de crimes que não costumam ser cometidos por ela, de acordo com o entendimento já previamente estabelecido pela sociedade. Assim, o estigma influencia na visão da mulher como autora de determinados delitos em detrimento de outros, devido ao rótulo já firmado pelo patriarcado que a cerca, graças à sua vulnerabilidade social e de gênero.

Em suma, confirmou-se a importância no estudo do estigma de gênero aplicado a mulher frente uma sociedade patriarcal, pois é indubitável que a mulher é vista e etiquetada como passiva e submissa ao homem, em decorrência de anos de exclusão do gênero feminino da participação social graças ao patriarcado, no qual a mulher ficou

identificada como responsável pelos ócios da família e do lar. Por conseguinte, a mulher apesar de ser estigmatizada pela sociedade como responsável pelo papel de mãe e encarregada pelo lar, tomou consciência de si e do poder de se libertar do casamento e das funções maternas pelo trabalho, não mais se sujeitando com prontidão ao estabelecido pelo homem e pela nossa sociedade patriarcal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 138, mai. 2004.

BANDEIRA, Lourdes. A contribuição da crítica feminista à ciência. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n.1, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000100020/5530>>. Acesso em: 28 abr. de 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo – A Experiência Viva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo – Fatos e Mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a.

BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica. **VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal**. São Paulo, 2014.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

HELPEL, SINTIA SOARES. Mulheres na prisão: uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Revista Cadernos de**

Estudos Sociais e Políticos, v. 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/19015>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

MARTINS, Simone. A mulher junto às criminologias: de degenerada à vítima, sempre sob controle sociopenal. **Revista de Psicologia**, v. 21, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v21n1/09.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Camila Belinaso de. **A mulher em situação de cárcere: uma análise à luz da criminologia feminista ao papel social da mulher condicionada pelo patriarcado**. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2017.

PAIVA, Mirian Santos. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 50, n. 4, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71671997000400007>. Acesso em: 28 abr. 2018.

RAGO, Margareth. **Epistemologia Feminista, Gênero e História**. Santiago de Compostela: CNT-Compostela, 2012. Disponível em: <<http://www.cntgaliza.org/files/rago%20genero%20e%20historia%20web.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

RIBEIRO, Matilde. O feminismo em novas rotas e visões. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 3, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000300012/7381>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

TORRÃO FILHO, Amílcar. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam. **Caderno Pagu**, n. 24, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a07.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

NOTAS:

- [1] OLIVEIRA, Camila Belinaso de. **A mulher em situação de cárcere**: uma análise à luz da criminologia feminista ao papel social da mulher condicionada pelo patriarcado. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2017.
- [2] BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo – Fatos e Mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a.
- [3] ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- [4] MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- [5] MENDES, 2017, p. 21.
- [6] MENDES, 2017.
- [7] BEAUVOIR, 2016a.
- [8] OLIVEIRA, 2017.
- [9] BEAUVOIR, 2016a, p. 196.
- [10] BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo – A Experiência Vivida**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b, p. 11.
- [11] BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- [12] BANDEIRA, Lourdes. A contribuição da crítica feminista à ciência. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n.1, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000100020/5530>>. Acesso em: 28 abr. de 2018.
- [13] RIBEIRO, Matilde. O feminismo em novas rotas e visões. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 3, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000300012/7381>>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- [14] PAIVA, Mirian Santos. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 50, n. 4, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71671997000400007>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[15] TORRÃO FILHO, Amílcar. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam. **Caderno Pagu**, n. 24, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a07.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[16] NICHOLSON, 2000.

[17] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 138, mai. 2004.

[18] TORRÃO FILHO, 2005.

[19] BEAUVOIR, 2016a.

[20] ALVES; PITANGUY, 1991.

[21] BEAUVOIR, 2016b, p. 235, grifos da autora.

[22] OLIVEIRA, 2017.

[23] RAGO, Margareth. **Epistemologia Feminista, Gênero e História**. Santiago de Compostela: CNT-Compostela, 2012. Disponível em: <<http://www.cntgaliza.org/files/rago%20genero%20e%20historia%20web.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

[24] ANDRADE, 2005.

[25] OLIVEIRA, 2017

[26] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[27] BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica. **VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal**. São Paulo, 2014.

[28] MENDES, 2017.

[29] BOITEUX; CHERNICHARO, 2014.

[30] OLIVEIRA, 2017, p. 109.

[31] OLIVEIRA, 2017.

[32] BOITEUX; CHERNICHARO, 2014.

[33] SOUZA, 2005, p. 16.

[34] HELPES, Sintia Soares. Mulheres na prisão: uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, v. 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/19015>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

[35] MARTINS, Simone. A mulher junto às criminologias: de degenerada à vítima, sempre sob controle sociopenal. **Revista de Psicologia**, v. 21, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v21n1/09.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

[36] MARTINS, 2009.

[37] OLIVEIRA, 2017.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O USO DA ÁGUA

**GEYLLA MARIA DE OLIVEIRA
MARINHO RAMOS:** Advogada.
Bacharela em Direito pela Faculdade
Anhanguera do Rio Grande - RS.

Resumo: O presente trabalho possui como finalidade analisar a evolução histórica da legislação brasileira sobre o uso da água. Busca averiguar ao longo dos anos, desde a descoberta do Brasil, as leis já editadas sobre o tema da “água”, com maior ênfase na área federal.

Palavras-chave: Uso da água. Política Nacional de Recursos Hídricos.

Sumário: 1. Introdução - 2. Evolução Histórica da Legislação sobre Uso da Água no Brasil. 3. Considerações finais. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

A ideia da escassez da água passa a ser um dos temas mais palpitantes do momento, exatamente pela sua importância e o perigo da não preocupação com esse bem vital. Sua finitude já preocupa a maior parte da população do planeta, e sua exploração incontrolável pode nos levar a consequências desastrosas. Durante milhares de anos a intervenção do homem na natureza, e em especial quanto ao uso da água, não ocasionou grandes prejuízos, visto as limitações técnicas de exploração utilizadas na produção de bens de consumo.

O homem sempre usou de forma indiscriminada a água existente no nosso planeta, nunca se preocupando com as consequências desse uso desenfreado. A ação predatória sobre esse bem de uso comum era permitida ou, pelo menos, tolerada, inclusive pela falta de regulamentação na área, só passando a ser objeto de estudo e preocupação para o legislador brasileiro em meados de 1934, com a criação do Código de Águas.

A questão da água e o uso racional nunca foram tão comentados.

A população com o passar dos anos vem se preocupando mais em zelar por esse bem precioso e escasso. Apesar de a legislação brasileira tratar do tema “águas” desde 1934, o tema tornou-se de maior abrangência em 1997, com a Política Nacional de Recursos Hídricos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO SOBRE USO DA ÁGUA NO BRASIL

O Brasil é possuidor de uma das maiores reservas de água doce do mundo, cerca de 15% da água disponível. Apesar destes dados a população sofre com a falta de água e sua má distribuição, muito pela falta de informação e educação no sentido de preservar e cuidar desse bem natural que é de todos, indispensável à vida e à saúde do povo. Apesar dessa dificuldade em fazer com que as pessoas tomem consciência da presente/futura carência de água na nossa pátria, aos poucos a população vêm se conscientizando do problema.

Esse líquido é um recurso ambiental, conforme aduz a Lei nº 6.938/81, no art. 3º, V:

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (BRASIL, 1981).

O Brasil é dotado de uma extensa rede hidrográfica e possui um clima excepcional. Da água disponível no mundo para a vida terrestre e para o homem, que chega a ser em média 113 trilhões de metros cúbico, conforme esclarece o Atlas do Meio ambiente do Brasil, 17 trilhões estão acessíveis à população brasileira, daí se dá a importância das seis grandes bacias hidrográficas: Amazonas, Tocantins, São Francisco, Paraná, Paraguai e Uruguai (FREITAS, 2007, p. 27).

A evolução legal dos recursos hídricos neste país se estende da chegada dos portugueses no Brasil em 1500 à fase que se encontra atualmente a gestão da água, com a entrada em vigor da Política Nacional

dos Recursos Hídricos, trazida pela Lei 9.433/97. O primeiro documento histórico encontrado aqui que traz algum dispositivo relacionado com a proteção das águas, quando fornece o conceito de poluição, foi as Ordenações Filipinas, que “proibiu a qualquer pessoa jogar material que pudesse matar os peixes e sua criação ou sujar as águas dos rios e das lagoas”, quando o Brasil estava sob domínio espanhol (ALMEIDA, 2002, p. 02).

Segundo Almeida (2002, p. 03) a Constituição Imperial de 1824 não trouxe nenhum dispositivo sobre a tutela ambiental, em especial da água, mas o Código Penal de 1890 dispunha que aquele que “corromper ou conspurcar a água potável de uso comum ou particular, tornando-a impossível de beber ou nociva à saúde”, teria pena de prisão cautelar de 1 (um) a 3 (três) anos.

O Código Civil de 1916 disciplinou sobre a água com um enfoque no direito de vizinhança e na utilização da água como um bem de domínio privado e de valor econômico limitado.

Já a Constituição Federal de 1934 trouxe no artigo 5º, inciso XIX, alínea “j” normas constitucionais de cunho ambiental, dispondo que a União é privativamente competente para legislar sobre bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração.

Art 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração (BRASIL, 1934).

Ato contínuo foi editado o Decreto 24.643 de 10 de julho de 1934, o Código de Águas, com intuito de possibilitar a utilização industrial das águas e da energia hidráulica. O domínio das águas foi abordado neste

diploma legal como águas públicas de uso comum, águas comuns e particulares. A gestão das águas se limitava à quantidade, sem preocupar-se com a qualidade (BRASIL, 1934).

É importante dizer que o tratamento dado à questão da água durante décadas, mesmo estando em vigor o Código de Águas, era concernente ao ramo do direito privado, deixando de lado as questões do direito público. Pode-se dizer que até pouco tempo o Decreto 24.643 de 1934 era o único a tratar a matéria sob o ponto de vista do Direito Público.

Como bem assevera Granziera (1993, p.48), em Direito de Águas e Meio Ambiente:

O Código de Águas dispõe sobre suas classificação e utilização, dando bastante ênfase ao aproveitamento potencial hidráulico que, na década de 30, representava uma condicionante do progresso industrial que o Brasil buscava. Contudo, a evolução da legislação ambiental no Brasil veio a demonstrar a necessidade de revisão do Código de Águas.

O Código de Águas encontra-se em vigor atualmente, ressalvados alguns dispositivos que foram parcialmente ou totalmente revogados por leis posteriores. Ele é considerado mundialmente como uma das mais completas leis de água já elaboradas (DARONCO, 2013, p. 04).

A Constituição Federal de 1937 não trouxe nenhuma inovação no tratamento aos recursos hídricos, repetiu o que já dispunha as anteriores no que tange à competência da União.

A Carta Magna de 1946 introduziu no artigo 34 como bens da União “os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países” e no artigo 35 como bens do Estado “os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascentes e foz no território estadual” (BRASIL, 1934).

Até o presente momento, conforme anotado, ainda não há preocupação com o meio ambiente, só existe a preocupação de exploração econômica dos recursos naturais, nessa falta o legislador do Código Penal de 1940 associou a proteção dos recursos hídricos com o direito à saúde, não podendo esta ser assegurada num ambiente degradado.

Dispondo no art. 271 que “corromper ou poluir água potável de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde” acarreta em pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Se crime culposos, pena: detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano (BRASIL, 1940).

Em 1981 foi disciplinada a Lei n. 6.938 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, composto por órgãos federais, estaduais e municipais, sendo responsável pela questão ambiental, tendo por órgão superior deste sistema o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, competindo a este último, dentre outras atribuições, “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (BRASIL, 1981).

Dentro de suas competências o CONAMA editou a resolução 20/1986, sendo revogada pela resolução CONAMA 357/2005, que classifica as águas doces, salobras e salinas no território nacional. Os usos definidos nesta resolução não abrangem todos os usos possíveis das águas, mas os específicos apenas, exigindo uma determinada qualidade à água (BRASIL, Resolução 357/2005 CONAMA). Em seguida passou a vigorar a resolução CONAMA 430/2011, que complementa e altera última já citada, dispondo sobre condições e padrões de lançamento de efluentes.

Após longos anos, desde a vigência do Código de Águas, a legislação brasileira ganhou uma nova e elogiável alteração do tratamento da água, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir dela acabaram as questões das águas particulares ou comuns, antes previstas no Código Civil 1916 e no Decreto 24.643/1934, passando a serem consideradas bens dos Estados, tornando todas as águas

públicas (BRASIL, 1934). Também as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, reservadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (art. 26, I, CF/88).

Com isto os antigos donos de poços artesianos, lagos ou qualquer outro corpo de água, passaram a ser meros detentores dos direitos de uso dos recursos hídricos, devendo ter a outorga necessária prevista em lei.

O art. 20, da Constituição Federal estabelece:

São bens da União: (...) III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estados, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...) VI – o mar territorial; (...) VIII – os potenciais de energia hidráulica [...] (BRASIL, 1988).

Retira-se do inciso III do artigo tratado acima que as águas interiores superficiais que não se contenham no território de um Estado são sempre da União. O artigo 21 do mesmo diploma legal, no inciso XIX previu a criação do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos – SINGREH.

Cada estado brasileiro ficou responsável por disciplinar a gestão de águas através das devidas leis necessárias. As águas subterrâneas são sempre estaduais, independente da extensão do aquífero, a exemplo o Aquífero Guarani, que se espalha pelo subsolo de oito Estados, tais como, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

O artigo 22, inciso IV da Constituinte de 88 estabeleceu que caberia privativamente à União legislar sobre águas, ou seja, apenas ao legislador federal cabe edificar fundamentos legais relativos ao gerenciamento dos recursos hídricos. Dito isto, é válido ratificar que apenas a gestão é que é descentralizada e não a competência para legislar (MELO, DANTAS NETO e MARACAJÁ, 2012, p. 04).

Em junho de 1992, em reconhecimento à importância da água, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, enfatizando-se no Capítulo 18 da Agenda 21 (Programa das Nações Unidas para o século XXI) a necessidade de uma abordagem integrada da água, gerenciamento de recursos e desenvolvimento, que reconhecesse as múltiplas demandas conflitantes sobre recursos de água doce, era o primeiro passo na gestão dos recursos hídricos no Brasil.

A saber:

Capítulo 18: Proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos: aplicação de critérios integrados no desenvolvimento, manejo e uso dos recursos hídricos (Agenda 21, 1992).

Em Janeiro de 1997 foi implementada a Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei 9.433, a Lei das Águas, assim como a implementação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGREH.

Sua criação tem por objetivos principais, segundo o art. 2º da Lei:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água com qualidade adequada para seu uso; II - o uso racional e integrado dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos, quer sejam de origem natural, quer decorrentes do uso inadequado, não só das águas, mas também dos demais recursos naturais.

Já o art. 1º preocupou-se em definir seus fundamentos, abordando alguns princípios básicos:

I – A água é um bem de domínio público;

II – A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III – Em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV – A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V – A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI – A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Esta Lei traz entendimento acerca das diretrizes gerais de ação para sua implementação, modelos de gestão de recursos hídricos, o sistema de informações sobre os recursos hídricos e dispõe sobre o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos.

Com a implementação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos viu-se a necessidade de se criar uma agência com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com atribuições de órgão técnico, executivo e implementador da Política Nacional de Recursos Hídricos, com uma figura institucional de autarquia sob regime especial, a Agência Nacional de Águas – ANA, passando a integrar o SINGREH pela Lei 9.984/2000.

Tal lei vislumbra definir as atribuições da ANA em sua ação articulada com os demais órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A ANA deve regular o uso de recursos hídricos de domínio federal, concedendo outorgas e, ao mesmo tempo, assegurar que os outros atores estejam cumprindo também a sua missão para o efetivo funcionamento do Sistema.

A água é “bem ambiental”, por via de consequência e determinação superior, passou a ser regrada em face de relações jurídicas disciplinadas a partir dos preceitos constitucionais, ou seja, normatizada quanto à sua natureza jurídica, não pode ser tratada como bem privado desde 1988 com a entrada em vigor da Carta Magna.

Com intuito de definir critérios acerca do controle e qualidade da água, foi editado o Decreto 5.440, de 04.05.2005, que estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento e criou formas e instrumentos para divulgação de informação ao consumidor sobre a qualidade da água para o consumo humano, sendo obrigatória em todo território nacional a tomada de tais diretrizes (FREITAS, 2007, p. 21).

Em meio a várias leis federais, os estados brasileiros procuram complementá-las com legislações estaduais, de abrangência em seus territórios, o que serve de inspiração aos demais.

No Ceará, por exemplo, desde 1993 há a Companhia de Gestão de Recursos Hídricos, responsável pela administração e oferta de água no estado. O Rio Grande do Sul desde 1994 tem a sua Lei das Águas, dividindo os estados em três regiões hidrográficas, compostas por 22 bacias. São Paulo foi o primeiro estado brasileiro a editar uma política de recursos hídricos, baseando-se em princípios constitucionais, mas espera regulamentar a matéria no que concerne a cobrança pelo uso da água (MATOS E DIAS, 2013, p. 05).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação que trata da água vem se aperfeiçoando desde o Código de Águas de 1934, ganhando novas delimitações, novos tratamentos a esse recurso natural. A Lei 9.433/1997, que trata da Política Nacional de Recursos Hídricos é a mais recente no que tange à proteção e valorização da água doce.

É direito do homem ter acesso à água boa, potável, tratada e encanada na sua residência, direito esse confirmado pela Constituição Federal desde

1934, onde ali se encontravam princípios norteadores dos direitos humanos, que foram apenas se confirmando com a entrada em vigor de diversas normas legais no ordenamento jurídico pátrio.

Importante ponderar que apesar de termos leis fortes no que tange a proteção da água, importante se faz fiscalizar de forma coesa sua proteção, a fim de que esse bem tão precioso possa atender às diversas necessidades e demandas populacionais.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21/1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

ALMEIDA, Caroline Corrêa de. Evolução histórica da proteção jurídica das águas no Brasil. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3421/evolucao-historica-da-protecao-juridica-das-aguas-no-brasil>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

BRASIL, Decreta o Código de Águas. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

BRASIL. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

BRASIL, Resolução Conama nº 430, de 13 de maio de 2011. Dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes, complementa e

altera a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=646>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

DARONCO, Giuliano Crauss. Evolução histórica da legislação brasileira no tratamento dos recursos hídricos: das primeiras legislações até a Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: [s.n.], 2013. Disponível em <https://abrh.s3.sa-east-1.amazonaws.com/Sumarios/155/2138e9424748a787dc20c5aec625a25c_49028a51492e0183072f8d38ac42dbc6.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Águas, aspectos jurídicos e ambientais. 3ª Edição – Revista Atualizada. Curitiba: Juruá, 2007.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas e meio ambiente. [s.l.:s.n.: 1993]

MATOS, Fernanda; DIAS, Reinaldo. Governança da água e a gestão dos recursos hídricos: a formação de comitês de bacia no Brasil. [s.l.]: Delos, Revista Desarrollo Local Sostenible, vol. 6, nº 17, Junho 2013. Disponível em <<http://www.eumed.net/rev/delos/17/governabilidade.pdf>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

MELO, Geórgia Karênia Rodrigues Martins Marsicano de; DANTAS NETO, José; MARACAJÁ, Kettrin Farias Bern. Histórico evolutivo legal dos recursos hídricos no Brasil: uma análise da legislação sobre a gestão dos recursos hídricos a partir da história ambiental. Santa Catarina: [s.n.], 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/hist%C3%B3rico-evolutivo-legal-dos-recursos-h%C3%ADricos-no-brasil-uma-an%C3%A1lise-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-g>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar, de maneira não exaustiva, a evolução histórica do direito internacional.

Palavras-chave: Evolução. Histórica. Direito Internacional.

Abstract: The purpose of this article is to analyze, in a non-exhaustive way, the historical evolution of international law.

Keywords: Evolution. Historical. International right.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo analizar, de manera no exhaustiva, la evolución histórica del derecho internacional.

Palabras clave: Evolución. Histórico. Derecho internacional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Direito Internacional é o sistema de princípios e normas jurídicas (elemento formal) que disciplinam os membros da sociedade internacional (elemento subjetivo), ao agirem numa posição jurídico-pública (elemento funcional), no âmbito das suas relações internacionais (elemento material). O Direito Internacional o âmbito material é moldável pelos sujeitos internacionais envolvidos, através da conclusão de tratados internacionais, das práticas reiteradas dos Estados (costumes internacionais), entre outras fontes de direito internacional.

Embora boa parte dos juristas reconheça a existência de um direito internacional apenas a partir da Paz de Vestfália (1648), marco histórico do Estado-nação moderno, é inegável que os povos da Antiguidade

mantinham relações exteriores: comerciavam entre si, enviavam embaixadores, vinculavam-se por meio de tratados e outras formas de obrigação, e assim por diante.

O tratado mais antigo registrado é o celebrado entre Lagash e Umma, cidades da Mesopotâmia, relativo à fronteira comum. Mas o tratado mais famoso da Antiguidade remota é, possivelmente, o de Kadesh, concluído entre Ramsés II do Egito e Hatusil III dos hititas no século XIII a.C.

Da mesma maneira que na Antiguidade remota, os gregos reconheciam e praticavam os institutos da inviolabilidade dos embaixadores, do respeito aos tratados e do recurso à arbitragem, dentre outros.

A maioria dos juristas entende que a Roma Antiga, ao longo de quase toda a sua história, não se considerava sujeita a um direito internacional distinto do seu direito interno, o que se explica pelo predomínio da chamada Pax romana. O *ius gentium*, que alguns apontam como indício de um direito internacional romano, era, na essência, um direito romano aplicado a estrangeiros por um magistrado romano, o pretor peregrino.

2 DESENVOLVIMENTO

A Igreja foi a grande influência no desenvolvimento do direito internacional durante a Idade Média. O papa era considerado o árbitro por excelência das relações internacionais e tinha a autoridade para liberar um chefe de Estado do cumprimento de um tratado.

A grande contribuição da Igreja durante o período medieval foi a humanização da guerra. Três conceitos, em especial, tiveram forte impacto naquela área: a Paz de Deus (pela primeira vez, no mundo ocidental, distinguia-se entre beligerantes e não-beligerantes, proibindo-se a destruição de colheitas e exigindo-se o respeito aos camponeses, aos viajantes e às mulheres); a Trégua de Deus (a suspensão dos combates durante o domingo e nos dias santos); e a noção de Guerra Justa, desenvolvida principalmente por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São

Tomás de Aquino. A guerra seria justa caso fosse declarada pelo príncipe, tivesse por causa a violação de um direito e pretendesse reparar um mal.

Ademais do juramento, já empregado na Antiguidade, os tratados medievais eram garantidos com a troca de reféns.

A primeira Missão diplomática de caráter permanente foi estabelecida por Milão junto ao governo de Florença, no final da Idade Média.

A Idade Moderna vê nascer o direito internacional tal como o conhecemos hoje. Surgem as noções de Estado nacional e de soberania estatal, conceitos consolidados pela Paz de Vestfália (1648). A partir de então, os Estados abandonariam o respeito a uma vaga hierarquia internacional baseada na religião e não mais reconheceriam nenhum outro poder acima de si próprios (soberania). A Europa começou a adotar uma organização política centrada na ideia de que a cada nação corresponderia um Estado (Estado-nação).

Juntamente com Francisco de Vitória, Hugo Grócio foi um dos principais teóricos do direito internacional no período, baseando-se na teoria do direito natural. Sua principal obra jurídica, *De Jure Belli ac Pacis* ("do direito da guerra e da paz"), em muito contribuiu para o desenvolvimento da noção de Guerra Justa.

Na Idade Contemporânea, inaugurada com a Revolução Francesa, é reforçado o conceito de nacionalidade, que viria posteriormente a orientar as unificações italiana e alemã no século XIX. O Congresso de Viena (1815), que encerrou a era napoleônica, resultou em grande impulso para o direito internacional, na medida em que apontou na direção da internacionalização dos grandes rios europeus (Reno, Mosa etc.), declarou a neutralidade perpétua da Suíça e pela primeira vez adotou uma classificação para os agentes diplomáticos.

O século XIX assistiu ao florescimento do direito internacional moderno, com a proibição do corso, a criação dos primeiros organismos internacionais com vistas a regular assuntos transnacionais, a proclamação da Doutrina Monroe e a primeira das Convenções de Genebra, dentre

inúmeras outras iniciativas. A Conferência de Berlim de 1885 organizou o neoimperialismo europeu na África.

Durante o século XX, o direito internacional moderno foi aprofundado e consolidado com a criação da Sociedade das Nações e, posteriormente, da Organização das Nações Unidas, o trabalho de codificação (por exemplo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e a Convenção sobre Direito do Mar) e a proliferação de tratados nascida na necessidade de acompanhar o intenso intercâmbio internacional do mundo contemporâneo.

As comunidades humanas nunca foram estáticas: os fluxos de pessoas e seus bens entre comunidades diversas são usuais na história, marcada por migrações e relações entre povos. Na atualidade, esses fluxos são intensos, em uma era de globalização na qual a comunicação – inclusive virtual – é uma constante entre os diversos Estados, que, por sua vez, também são numerosos. As normas jurídicas que regem tais fatos sociais, contudo, são – em geral – nacionais, limitadas pelo território de cada Estado. Além disso, as opções regulatórias variam de Estado para Estado, pois as regras nacionais não são iguais e apresentam diferenças evidentes. A diversidade também pode ocorrer ao longo do tempo: o direito de cada Estado não é imutável e pode variar na regulação desses fluxos além fronteiras, denominados aqui de fluxos transnacionais, interjurisdicionais ou transfronteiriços. As relações jurídicas que revestem esses fluxos transnacionais podem pertencer a qualquer um dos ordenamentos jurídicos nacionais que possuem pontos a elas vinculados, o que gera um concurso de normas diferentes com potencial para regulação e uma dúvida básica: qual das normas deve ser escolhida para reger tais situações? Nasce, então, a necessidade de coordenação da regência sobre esses fatos transnacionais, o que explica a consolidação de um novo ramo do Direito.

O Direito Internacional Privado (DIPr) debruçasse sobre a regência – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana.

Conseqüentemente, esses fatos sociais são multiconectados ou plurilocalizados, podendo ser regulados por mais de um ordenamento

jurídico. Cabe ao Direito Internacional Privado (DIPr) regrar justamente essa potencialidade de aplicação espacial de mais de um ordenamento jurídico, evitando sobreposição ou omissão (ausência de normas). De início, na fase precursora, o DIPr ficou restrito a regras sobre o tratamento dado a estrangeiros e seus direitos, bem como a algumas regras para determinar a lei aplicável no caso de concorrência de leis no espaço, temas desenvolvidos nas Escolas Estatutárias (ver abaixo). Nas fases iniciadora e clássica, do século XII com o apogeu no século XIX, o Direito Internacional Privado ganha os contornos de um ramo do Direito baseado no reconhecimento da existência de outras ordens jurídicas, que concorrem na regência de um mesmo fato e podem – ou não – ser utilizadas pelo direito do foro. Esse concurso de normas de incidência sobre um fato é denominado de conflito de normas no espaço. Consequentemente, fica delineado um DIPr conflitual, com forte direcionamento ao estudo da escolha da lei diante de fatos de direito privado vinculados a dois ou mais ordenamentos jurídicos, os chamados fatos transnacionais privados. O Direito Internacional Privado é amparado em normas internas – em geral leis – que apontam para uma visão interna de cada Estado, esvaziando-se uma possível vertente cosmopolita ensaiada na doutrina. Posteriormente, após a crise de 1929, essa visão clássica sofre revisão, a começar pelos Estados Unidos (a chamada “revolução americana” do Direito Internacional Privado), o que não é objeto do presente artigo.

Não há um ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica. Pelo contrário, há um processo que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo ramo do Direito. No caso do Direito Internacional Privado, o seu cerne é o estudo da aplicação de normas jurídicas diante de fatos sociais que possuem pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico nacional. Consequentemente, suas “ideias-âncoras” são referentes aos movimentos de pessoas, bens e atos jurídicos para além das fronteiras de uma determinada comunidade, o que ocorre desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de impregnação de valores, podemos dizer que a evolução histórica do Direito Internacional Privado passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar seu conceito e o regime jurídico dessa disciplina. Assim, para melhor compreender a atualidade do Direito Internacional Privado,

incursionamos pelo passado, mostrando a contribuição, desde o Direito Romano aos sofisticados tratados internacionais dos dias de hoje, à formação do atual quadro normativo referente ao Direito Internacional Privado. Porém, não se pode medir épocas distantes da história da humanidade com a régua do presente. Na realidade, não é possível transpor para eras passadas o entendimento atual sobre o conteúdo do Direito Internacional Privado e seu regime jurídico. Contudo, o estudo do passado – mesmo as raízes mais longínquas – é indispensável para detectar as regras que já existiram em diversos sistemas jurídicos e que expressaram o modo pelo qual foi tratada a aplicação de regras e execução de decisões de outras comunidades. Por sua vez, o desenvolvimento histórico do Direito Internacional Privado está intimamente relacionado com as respostas possíveis a dois questionamentos fundantes da disciplina: (i) a delimitação de seu objeto e (ii) a origem - nacional ou internacional - de suas fontes. Quanto ao objeto, é corrente na doutrina um amplo debate sobre o alcance da matéria. Inicialmente, o DIPr foi impulsionado pelo estudo dos fatos transfronteiriços de natureza privada. As necessidades do renascimento comercial entre cidades europeias a partir do século XI explicam o nascimento da disciplina vinculada ao Direito Privado. Ao longo dos séculos, entretanto, deixou de ser clara a própria distinção entre fatos transfronteiriços jusprivatistas daqueles vinculados a ramos do Direito Público, graças ao crescimento da intervenção do Estado em diversas áreas do direito. Novas temáticas, como consumidor, arbitragem, investimento estrangeiro, meio ambiente, cooperação jurídica internacional, entre outras, exigem o estudo da aplicação e execução da norma a casos transfronteiriços não exatamente abrangidos pela definição tradicional de "Direito Privado". A dimensão social do direito internacional privado exige que essa disciplina abra-se ao estudo de novas facetas, o que a revitaliza especialmente na acelerada globalização do século XXI. No tocante à origem de suas normas, o DIPr possuiu, ao longo de sua história, maior predomínio das regras nacionais, sofrendo, no final do século XIX em diante processo de internacionalização de suas fontes. No século XXI, há inclusive forte influência dos processos de integração econômica sobre o DIPr², implicando em novas fontes internacionais para a matéria. Para sistematizar o estudo das fases históricas do Direito Internacional Privado, utilizou-se a divisão em quatro fases: (i) a fase precursora (Antiguidade à Idade Média

européia); (ii) a fase iniciadora (final da Idade Média européia até o início do século XIX); (iii) a fase clássica (século XIX até meados do século XX) e a (iv) fase contemporânea (meados do século XX ao atual momento). O presente artigo foca sua análise da fase precursora até a fase clássica, que consolidou o chamado Direito Internacional Privado conflitual, cujo método de análise (norma indiretas ou de remissão) até hoje influencia a disciplina.

O Direito Internacional ganha destaque, em função de seus reflexos práticos no cotidiano sobretudo dos Estados e dos indivíduos. Entender o fenômeno internacional e sua regulamentação jurídica é necessário para a compreensão de um mundo em que globalização, cooperação e interesses nacionais tornaram-se conceitos que exigem uma análise conjunta, com o devido equilíbrio dos elementos de cada um deles. Se o grande desafio do Direito Internacional no século XX foi a extraordinária ampliação de seu âmbito de atuação, a tarefa, não menos ingente, para o século XXI, será a busca dos correspondentes mecanismos que garantirão sua efetiva implementação no cenário global. A expansão do leque de questões reconhecidas como intrínsecas e inevitavelmente internacionais não é acompanhada do desenvolvimento correspondente das ferramentas que permitem assegurar a implementação das medidas e efetividade normativa – ainda que já existem mecanismos que confirmam segurança e designem padrões a serem observados nas relações internacionais, seja no âmbito social ou econômico-comercial, como ressaltado anteriormente. Simultaneamente, ocorre mudança de eixo de conflito, à medida que, do mundo da Guerra Fria, se passa ao mundo dividido pelo conflito de civilizações.

A compreensão do papel e do alcance do Direito Internacional somente se consolidará, de fato, quando existir consciência da absoluta inadequação dos sistemas nacionais entre si, já que muitas vezes são colidentes – quando não antagônicos – para atender às necessidades do tempo presente. A partir de então, todo provincianismo cultural está sendo superado pela marcha da História, forçando os indivíduos a pensar em termos internacionais tendo em vista a impossibilidade de os direitos estritamente nacionais satisfazerem as necessidades internacionais.

O direito internacional atual está a evoluir no sentido de uma sociedade global preocupada com os direitos humanos e esta evolução ergue limites à soberania das justiças nacionais dos estados. As construções jurídicas em torno dos crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade mostram que a concepção da soberania está em evolução.

O jus cogens pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna. As características da imperatividade e da indisponibilidade tiveram influência direta na escolha do designativo direito cogente, sendo bem conhecida a dicotomia inerente ao direito romano, que distinguia o jus strictum (direito estrito) do jus dispositivum (direito dispositivo).

A expansão deste corpo de direitos é indissociável do progresso da Democracia e do estado de direito constitucional. A última vaga do Constitucionalismo ocorreu aquando da independência das antigas Repúblicas soviéticas e da democratização dos países da Europa de Leste. Também é acertado lembrar que, se se dotam de uma constituição, nem todos os estados se tornam verdadeiramente estados de direito democrático.

O desafio que o direito internacional hoje enfrenta, nesta era de risco e de globalização, é o de construir, sobre os alicerces da soberania nacional e dos direitos dos estados, uma nova ética global, assente nos direitos humanos, no estado de direito constitucional e no direito penal internacional. Este é um horizonte que já desponta: a do direito internacional como nova ética da globalização.

3. CONCLUSÃO

O Direito Internacional é verdadeiro Direito, reconhecido e invocado pelos Estados, homens políticos, movimentos de opinião e organismos internacionais. A exaltação da soberania estadual não tem hoje viabilidade.

A coercibilidade é uma certeza do Direito Internacional pela existência de tribunais internacionais. Ainda que a sua eficácia seja imperfeita, a coercibilidade não é sequer uma característica da Ordem Jurídica. Seria completamente inverosímil a enorme dispensa de tempo, energia, inteligência e dinheiro na perseguição de uma quimera.

A riqueza histórico cultural do Direito Internacional equivale-se: nos preceitos dos primeiros encontros das culturas de civilizações áureas, no rudimentar código de Hammurabi, e no acordo de paz de Lagash e Umma dos Babilônicos; no tratado de Kadesh dos Egípcios; na Anfitionia grega e nos ideais democrático de Sólon e Péricles; no “Jus Gentium” romano e no Édito de Caracala ; na Influência a Diplomacia da Santa Sé e paz de Deus de Sto. Agostinho e Tomás de Aquino ; no conceito da guerra justa e na teoria de Nação soberana de Francisco da Vitória ; nas preliminares do Direito Internacional no conceito de Estado – Nação de Hugo Grócio ; no convenio da Paz de Vestfália ; na Revolução Francesa e no Tratado de Viena de 1815 ; no patriotismo de James Monroe ; na Globalização resultante da Primeira Guerra ; no impulso a Organização das Nações Unidas, legado da Segunda Guerra Mundial; no alvorecer das primeiras organizações mundiais e na consolidação da comunidade internacional.

A história do direito internacional público, sempre leva em conta os acontecimentos econômicos, políticos e jurídicos, como também assimila as mais diversas opiniões doutrinárias dos muitos contribuintes para o progresso das relações internacionais. Uma vez que o “Direito das Gentes”, é o legado de ações diretas ou indiretas, que modificaram e remodelaram por diversas vezes o direito dos povos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, HILDEBRANDO. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 3 v.

ACQUAVIVA, MARCUS CLÁUDIO. **Dicionário Enciclopédico de Direito**, Brasiliense, 5 v.

BENTHAM, JEREMY. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Oxford University Press.

BROWNLIE, IAN. **Principles of Public International Law**, Oxford, 6a. edição, 2003.

MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. **Direito Internacional Público**, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 8a edição, 1986, 2 v.

MENEZES, WAGNER. **Direito internacional na América Latina**. Curitiba-PR: Juruá, 2007.

MORRIS, CLARENCE. **Os Grandes Filósofos do Direito**, Martins Fontes, 2002 (Hugo Grócio).

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público - Curso Elementar**, Ed. Saraiva, 8a edição, 2000.

SILVA, G.E. DO NASCIMENTO; ACCIOLY, HILDEBRANDO. **Manual de Direito Internacional Público**, Ed. Saraiva, 15a edição, 2002.

A TECNOLOGIA E O EMBATE DA OBRA "O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA"?

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, tendo ocupado o cargo de Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

A tecnologia está nos tópicos principais do mundo em geral, com grande foco na área corporativa e jurídica. Quem trabalha na atualidade (no viés jurídico) é envolvido em diversas tratativas sobre aplicação do direito e tecnologia em casos concretos, não raro, inclusive em debates sobre certa diminuição do trabalho de Advogado e peculiaridades, que rechaço com certa frequência.

O trabalho do Advogado é ímpar e necessário ao extremo para ocasionar junto aos magistrados e corpo jurídico diverso a melhor interpretação do texto de lei ao caso em concreto, levado ao crivo do Judiciário. Hoje, muitos jovens profissionais me questionam sobre a durabilidade da profissão do Advogado e, sem dúvidas, afirmo que (até onde possa avaliar, nos mais diversos cenários), será longínqua e sempre muito bela e gratificante. Elenco como fato incontroverso.

Ocorre que, quando exponho essa posição, algumas vezes sou interpelado sobre temas como jurimetria, dados tecnológicos que refletem

nos corpos jurídicos espalhados pelo Brasil e mundo, inteligência artificial e, ainda, ouço afirmações de que a tecnologia poderá acabar com o mercado jurídico (Profissão do Advogado, em sentido lato). De pronto, afirmo que sou forte defensor da tecnologia, inclusive, em se utilizar de facilidades da respectiva para melhorar as práticas de qualquer análise técnica e jurídica, otimizando o tempo do Advogado para focar no que interessa, isto é, definição de teses e estratégias e, de uma vez por todas, eliminando o trabalho burocrático. Fato é que, não raro, alguns colegas elencam que a tecnologia irá abarcar também teses difíceis ao extremo, o que gera certa preocupação em alguns colegas. Agora, tal preocupação deve prevalecer? Ao nosso ver e até onde as tecnologias apontam, negativo.

É certo e crível que teremos sim utilização de teses pela vertente da tecnologia e, até mesmo, construção de certas peças processuais de modo exitoso, entretanto, falamos de teses voltadas a determinado padrão, ou seja, que seguem determinadas sistemáticas. Por outro lado, grande volume de processos técnicos, serão fatalmente abarcados pelo conteúdo acadêmico e racional do Advogado. Em outras linhas, a tecnologia auxiliará em guarda e localização de jurisprudências, teses prontas e afim, mas o trabalho artesanal do Advogado e da possibilidade de livre convencimento dos magistrados, em muitas searas, será mantido.

Para quem ainda dúvida de tal afirmação quanto eternidade da profissão de Advogado, recomendo e aponto um excelente embate trazido na brilhante obra ***“O Caso dos Exploradores de Cavernas (em inglês: The Case of the Speluncean Explorers)”***, escrito pelo professor de [Harvard Law School](#) e jurista [Lon L. Fuller](#), publicado em 1949 nos [Estados Unidos](#) e em 1976, no [Brasil](#). Em breve síntese, o livro descreve um caso ocorrido no ano de 4300, quando quatro exploradores de cavernas são julgados por certo assassinato e se utiliza dos métodos hermenêuticos e dogmáticos para tal julgamento, apontando diversos modos de interpretação de normas jurídicas, incluindo, o ambiente cultural e momentâneo para tomada de atitude, mostrando a complexidade existente nas análises e aplicação do Direito nas mais variadas óticas, demonstrando as diferentes correntes jurídicas existentes.^[1]

Dentro da filosofia abarcada pelo Prof. Fuller, conseguimos claramente avaliar que o Direito não é algo exato, que carece de discussão proveitosa de temas de interesse em geral, dado que lida com ser humano e vida, requisitando assim de esforço, sentimento e não somente da leitura do texto de lei frio. Para uma boa tratativa processual (nas mais variadas searas), é requisito fazer a melhor interpretação da lei em conjunto as motivações de cada caso e, justamente por tais pontos, é superficial no momento dizer que a tecnologia irá construir a melhor tese com inteligência artificial. A jurimetria apontará probabilidades e caminhos para o Advogado seguir, todavia, a estratégia e definição jamais serão eliminados. Outro ponto importante é demonstrar judicialmente (seja em audiência, despachos e afim), o conteúdo racional de certo processo, dado que um cerne é elaborar uma tese interessante, mas outro ponto ímpar é justamente demonstrar e expor motivos em ambiente presencial (sustentação oral, júri e outros). O Direito é brilhante pois justamente permite aspectos diversos para um mesmo caso e, não raro, observamos diversos julgamentos com finais apertados e, ainda, decisões conflitantes de expoentes do Direito (Desembargadores e Ministros), cada qual avaliando uma temática de modo distinto. Como a tecnologia abarcaria esses pontos? Ainda temos questões abertas.

Note que, não afastamos a ideia de que os “robôs” podem produzir algo interessante também em tal vertente da tecnologia e ambiente processual, mas é certo que diversos casos emblemáticos e duvidosos sempre requisitarão a presença de um Advogado e conhecedor do Direito. Não diferente, o Poder Judiciário não conseguirá (até a atualidade) implementar decisões padronizadas e somente em ambiente robotizado, mas pelo contrário, requisitará de um profundo conhecedor técnico jurídico, no caso, os excepcionais juízes, desembargadores e ministros, inclusive, ante necessidade legal expressa de ótima fundamentação das decisões judiciais, consoante artigo 489 do Código de Processo Civil.

Assim, é factível ressaltar que a tecnologia e direito (Advogado) podem e devem caminhar juntos, todavia, em perfeita relação de equilíbrio.

[1] <http://www.jurisciencia.com/artigos/o-caso-dos-exploradores-de-cavernas-lon-l-fuller-resumo/71/>

TEORIA DO ETIQUETAMENTO: A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

LÍVIA DO AMARAL E SILVA LINCK:

Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo, através da análise doutrinária da criminologia sociológica, compreender o *labeling approach*, assim como a imputação criminosa, através de duas distorções, a criminalização primária e a criminalização secundária, que juntas constituem o processo de criminalização. No mais, o enfoque dado à teoria do etiquetamento se encontra na ideia de que praticamente não existem atos que sejam delitivos em si mesmo, mas, sim, aquilo que se entende como "transgredido" ou "desviado" pela coletividade ou pelos órgãos associados à justiça. Além disso, a teoria menciona que, para desencadear uma reação social, o comportamento do suposto autor do crime deve ser capaz de perturbar a percepção habitual da realidade entendida, suscitando, entre os indivíduos, um sentimento de repulsa e irritabilidade, por exemplo. Assim, a pesquisa buscou constatar que os estereótipos interferem no bem comum de uma coletividade, uma vez que o indivíduo tachado de delinquente acaba se tornando a imagem do que a própria sociedade perpetua como tal, e na maioria das vezes, não consegue escapar do rótulo social imposto.

Palavras-chave: Teoria do etiquetamento. Estigma. Criminalização primária. Criminalização secundária.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the theory of the labeling approach, as well as the criminal imputation, through two distortions, primary criminalization and secondary criminalization, which together constitute the process of criminalization, through the doctrinal analysis of sociological criminology. Thus the approach to labeling theory lies in the idea that there are practically no acts that are delusional in themselves, but rather what is understood as "transgressed" or "deviant" by the collectivity or by the organs associated with justice. In addition, the theory mentions that, in order to trigger a social reaction, the behavior of

the alleged perpetrator of crime should be capable of disturbing the habitual perception of understood reality, provoking, among individuals, a feeling of repulsion and irritability, for example. Thus, the research sought to verify that stereotypes interfere in the common good of a community, since the individual labeled as delinquent ends up becoming the image of what society itself perpetuates as such, and most of the time, it can not escape the label social tax.

Keywords: Labeling approach. Stigma. Primary criminalization. Secondary criminalization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TEORIA DO ETIQUETAMENTO. 3. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA. 4. CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a temática envolvendo o *labeling approach*, assim como a imputação criminosa, através de duas distorções, a criminalização primária e a criminalização secundária, que juntas constituem o processo de criminalização.

Acerca do entendimento do *labeling approach*, a identificação do sujeito vai sendo adquirida e modelada ao longo do processo de interação entre os indivíduos de uma sociedade comum. Nessa abordagem, a criminologia contempla o delito não só como um comportamento individual de um sujeito, mas, sobretudo, como um problema social e comunitário.

Ademais, entende-se que o desvio não está no ato cometido em si, tampouco no indivíduo que o provoca, mas é uma consequência da reação social de um determinado comportamento; assim, o crime seria a resposta social a algo que supostamente foi feito. Consequentemente, no lugar de questionar por que determinado indivíduo comete crimes, a teoria do etiquetamento passa a indagar o motivo pelo qual determinados indivíduos são tratados como criminosos, quais são as consequências desse tratamento e qual é a fonte da sua legitimidade.

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização e os submete à decisão judicial. A classificação do indivíduo como delinquente é feita em função da pessoa, ou seja, a partir de um estereótipo previamente determinado por um estigma social. Portanto, parte-se do entendimento de que não são os motivos do delinquente que o fazem cometer determinado crime, mas os critérios das agências ou instâncias de controle – como, por exemplo, as instâncias formais do controle social.

No mais, a teoria do etiquetamento aponta a ideia de duas criminalizações basilares para entender a proposta da presente teoria: a criminalização primária e a criminalização secundária. A criminalização primária traz à tona a tarefa legislativa de tipificação de condutas consideradas criminosas pela habitualidade com que são praticadas e pelo rótulo social dado ao suposto criminoso, principalmente, pelo legislador. Já a criminalização secundária concerne as agências de controle social, principalmente, as instâncias formais, ou seja, a polícia, por exemplo, que possui o poder de criminalizar e classificar um sujeito como delinquente ou não de acordo com os estereótipos impostos a ele.

Em suma, a sociedade rotula determinados sujeitos normalmente desfavorecidos através de estereótipos expostos, de forma a deixá-los a um passo da criminalidade. Em vista disso, a teoria do etiquetamento busca esclarecer a importância que a reação social tem para o delito, ou seja, como os rótulos e estereótipos influenciam as decisões dos órgãos do judiciário em relação aos crimes cometidos.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

A teoria do etiquetamento, também chamada de *labeling approach*, surgiu nos Estados Unidos em meados dos anos de 1960, sofrendo forte influência do interacionismo simbólico, da etnometodologia e do rotulacionismo. O interacionismo simbólico entende que a realidade humana não é feita de fatos, mas da interpretação que os indivíduos atribuem a esses fatos; a etnometodologia, por sua vez, acredita que a sociedade é produto de uma construção social;^[1] o rotulacionismo, por fim, é o estudo da formação da identidade desviante e das agências de controle

social.^[2] O *labeling approach* procura demonstrar a importância da reação social para o delito, ou seja, como os rótulos e estereótipos de uma sociedade influenciam as decisões dos órgãos do judiciário em relação aos crimes cometidos.

O *labeling approach* aparece como uma resposta às incongruências e limitações das construções clássicas das obras de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, representantes da criminologia sociológica tradicional, que possuíam a visão de que a condição de criminoso de um indivíduo era determinada por fatores biológicos, sendo o delito visto como uma conduta anormal realizada por um pequeno grupo de indivíduos, contra os quais deveriam ser utilizados os meios necessários para a proteção da sociedade.^[3] Por outro lado, para a teoria do etiquetamento, a identificação do sujeito vai sendo adquirida e modelada ao longo do processo de interação entre os indivíduos de uma sociedade comum. Nessa abordagem, a criminologia contempla o delito não só como um comportamento individual de um sujeito, mas, sobretudo, como um problema social e comunitário.^[4]

Em vista disso, o que diferencia a criminologia sociológica tradicional da nova sociologia criminal, representada pelos estudiosos da teoria do etiquetamento, é a concepção de que a realidade social é construída mediante os processos de interação em sociedade, e não de uma realidade social constituída previamente à experiência cognoscitiva e prática.^[5] Nesse entendimento, Alessandro Baratta destaca:

Os criminológicos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”.^[6]

O conceito de estigma é apresentado por Erving Goffman como um desacordo entre a identidade real – características que o indivíduo atribui a si mesmo – e a identidade virtual – imagem construída por outro sujeito. O estigma seria, então, uma identidade constituída por representações e valores pejorativos sobre o indivíduo, por meio de uma ideia defasada, com um conjunto de atributos sociais que são relacionados a alguém ou a um grupo de sujeitos, que não representa a verdade sobre esse(s) sujeito(s), mas, sim, uma imagem negativa. [7]

A criminalidade em uma sociedade pode ser conceituada como uma reação social frente a um comportamento em um contexto no qual o ato seria interpretado como criminoso pelo sistema penal. Portanto, para desencadear uma reação social, o comportamento do sujeito deve ser capaz de perturbar a percepção habitual da realidade entendida, suscitando, entre as pessoas implicadas na situação, o sentimento de indignação moral, embaraço, irritação, culpa, entre outros. O comportamento criminoso, dessa forma, é percebido como o oposto do “normal”, considerando-se que essa conduta dita como “normal” já é previamente rotulada pelas próprias estruturas da sociedade.[8]

No mais, o poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização e os submete à decisão judicial. A classificação do indivíduo como delinquente é feita em função da pessoa, ou seja, a partir de um estereótipo previamente determinado por um rótulo social.[9] No lugar de questionar por que determinado indivíduo comete crimes, a teoria do etiquetamento passa a indagar o motivo de determinadas pessoas serem tratadas como criminosas, quais são as consequências desse tratamento e qual é a fonte da sua legitimidade. Parte-se do entendimento de que não são os motivos do delinquente que o fazem cometer determinado crime, mas, sim, os critérios das agências ou instâncias de controle social.[10]

Em suma, a sociedade cria o indivíduo marginalizado de forma a deixá-lo a um passo da criminalidade. O *labeling approach* demonstra o quanto os estereótipos interferem no bem comum da coletividade, uma vez que o sujeito tachado de delinquente acaba se tornando a imagem do que

a própria sociedade perpetua como tal e, na maioria das vezes, não consegue escapar do rótulo social.

3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Na perspectiva da teoria do etiquetamento, podemos encontrar a chamada imputação criminoso, que é o resultado de duas distorções, a criminalização primária e a criminalização secundária, que juntas constituem o processo de criminalização. A criminalização primária é o passo inicial para que um sujeito seja rotulado como criminoso de acordo com conceitos históricos e culturais de uma sociedade.

O processo da criminalização primária concerne à primeira vez em que um indivíduo é objeto da seleção como desviante.^[11] Logo, consiste na eleição de condutas consideradas criminosas pelo legislador, não pelo critério do dano social que provocam, mas pela habitualidade com que tais condutas são praticadas, assim como pelo estereótipo atribuído pela sociedade ao suposto delinquente.^[12]

Ao criar leis, há um processo de criminalização primária consequente da intolerância legislativa com relação à conduta dos indivíduos mais pobres e necessitados de uma sociedade, por exemplo. Portanto, quando mencionamos o desvio primário, falamos basicamente de dois tópicos: a) algo é crime não porque representa uma conduta socialmente inaceitável, mas porque os legisladores desejaram que assim fosse; b) os critérios de criação de lei pelos legisladores não costumam respeitar os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, criando leis penais duras contra as condutas dos indivíduos mais desfavorecidos, e raras quando se trata de crimes da esfera social mais elevada.^[13]

Outrossim, acredita-se que, logo após o etiquetamento inicial ser feito, há um processo de descriminalização social que motiva o aprofundamento do desvio, com a realização de outras condutas socialmente criminalizadas, resultando então em um ciclo vicioso de criminalização em nossa sociedade. No mais, conseqüentemente, há a cristalização de determinados cidadãos como delinquentes, tanto diante da

sociedade quanto em relação a si mesmos, aprofundando sua situação de marginalidade. [14]

Segundo o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni, a vulnerabilidade, ou o risco de seleção do sujeito como delinquente, corresponde à vulnerabilidade em que o indivíduo se colocou perante determinada conduta. A vulnerabilidade pode ser classificada como (1) a posição do estado de vulnerabilidade e (2) o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A primeira ideia é predominantemente social e entendida como o grau de risco ou perigo que o sujeito corre ao pertencer a uma classe, grupo ou estrato social, enquanto que o segundo entendimento é predominantemente individual e consiste no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular.[15]

A conduta criminal é majoritária e universal, sendo a clientela do sistema penal composta, regularmente, por homens adultos, jovens, pertencentes aos mais baixos níveis sociais e não brancos. Isso significa que a impunidade e a criminalização são orientadas através de uma seleção desigual de pessoas através de um estigma social presente no senso comum e nos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como menciona o discurso jurídico-penal.[16]

Por fim, na perspectiva da criminalização primária, o indivíduo tachado de delinquente começa a ser visto dessa maneira devido à eleição de condutas consideradas criminosas pelo legislador e devido aos fatores sociais e culturais, que são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que esses mesmos fatores produzem no sujeito. A criminalização primária participa do chamado processo de criminalização, estereotipando o indivíduo de acordo com as etiquetas estabelecidas mediante os processos de interação em sociedade.

4 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

O *labeling approach*, no chamado processo de criminalização, desenvolve a criminalização secundária, em que predomina a atuação das agências de controle sobre o indivíduo estereotipado como delinquente. Tinha razão Howard Saul Becker ao afirmar que: “Se um ato é ou não desviante [...], depende de como outras pessoas reagem a ele”[17].

evidenciando a ideia da criminalização secundária de que um ato será considerado desviado de acordo com o padrão de comportamento pré-estabelecido por um grupo de indivíduos que detém o poder em sociedade – o controle social. Além disso, por meio desse estereótipo, o ato será considerado desviante ou não pelo rótulo social imposto e pela maneira como ele é visto e aceito pelos demais indivíduos.

Na criminalização secundária, entram em cena os órgãos de controle social, como, por exemplo, a polícia e o judiciário, que, ao investigarem prioritariamente os indivíduos portadores de grande índice de marginalização, encontram um maior número de condutas criminosas entre eles. [18] Dessa forma, a criminalização secundária ocorre, mais provavelmente, quando o indivíduo é etiquetado formalmente como delinquente, ou seja, quando é detido pela polícia, julgado pelo judiciário e preso.[19]

O controle social é entendido como um conjunto de instituições que pretendem promover e garantir o submetimento do sujeito aos modelos e normas comunitárias. Assim, existem duas classes de instâncias de controle social: a) as instâncias informais: família, escola, profissão e opinião pública; b) as instâncias formais: polícia, judiciário e administração penitenciária. Quando as instâncias informais fracassam no controle social do indivíduo, entram em tela as instâncias formais, que atuam de maneira coercitiva, impondo sanções – que atribuem ao infrator um status estigmatizado de desviado, perigoso ou delinquente.[20]

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de maiores condições para que ocorram condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder nas mãos de poucos indivíduos, a verticalização da sociedade e a destruição das relações comunitárias/horizontais são características estruturais do exercício do poder de todos os sistemas jurídicos criminais. A responsabilidade pelo suposto delinquente é da agência judicial, que deverá responder pelo processado e pela comunidade, dando conta da maneira como exerce ou administra a sua quota de poder.[21]

A teoria do etiquetamento, portanto, sustenta que tal critério é o índice de marginalização do indivíduo, o número de estigmas que ele carrega, mesmo que esses estigmas não sejam de natureza criminal. Nesse entendimento, o sistema penal não teria a função de combater o crime em sociedade, mas, sim, de atribuir rótulos de delinquentes aos indivíduos já considerados marginalizados.[22]

Dessa forma, entendemos que um sujeito acaba se colocando em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal o seleciona e o utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício do poder.[23] Assim, esse indivíduo vulnerável por questões sociais, étnicas ou de gênero, por exemplo, acaba sendo rotulado e servindo como exemplo para o restante da sociedade.

As normas do Direito Penal se formam e se explicam seletivamente, refletindo as relações desiguais existentes em uma sociedade. Dessa maneira, há a quebra do ideal de igualdade do Direito Penal, pois este não é menos desigual que os outros ramos do direito, contrariando, inclusive, toda a aparência já estereotipada, ao ser, na essência, um direito desigual por excelência.[24]

O *labeling approach* apresenta a ideia de duas criminalizações basilares para entender a proposta da teoria: a criminalização primária e a criminalização secundária. A criminalização primária se refere à tarefa legislativa de tipificação de condutas consideradas criminosas pela habitualidade com que são praticadas e pelo rótulo social dado ao suposto criminoso, principalmente, pelo legislador. Já a criminalização secundária traz à tona as agências de controle social, principalmente, as instâncias formais, ou seja, a polícia e os tribunais, por exemplo, que possuem o poder de criminalizar e classificar um indivíduo como delinquente ou não de acordo com os estereótipos impostos a esse sujeito.

Em síntese, a sociedade rotula determinados indivíduos normalmente desfavorecidos – como, por exemplo, negros, homossexuais e pobres – de forma a deixá-los a um passo da criminalidade. Em vista disso, a teoria do etiquetamento busca evidenciar a importância que a reação

social tem para o delito, ou seja, como os rótulos e estereótipos influenciam as decisões dos órgãos do judiciário em relação aos crimes cometidos.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar ao leitor as características e consequências da teoria do etiquetamento frente aos estigmas e rótulos impostos a determinados indivíduos em uma sociedade. Ainda, demonstrou a diferenciação entre as duas distorções presentes no processo de criminalização - a criminalização primária e a criminalização secundária,

Diante disso, explanou-se a respeito do surgimento da teoria do etiquetamento, que veio à tona como uma resposta às incongruências e limitações das construções clássicas da sociologia tradicional, demonstrando que a realidade social é concebida mediante os processos de interação em sociedade, e não de uma realidade social constituída previamente à experiência cognoscitiva e prática. Ademais, o *labeling approach* veio demonstrar que o desvio não está no ato cometido, tampouco no indivíduo que o provoca, mas, sim, é uma consequência visível da reação social de um determinado comportamento; assim, o crime é a resposta social a algo que supostamente foi feito.

Após, analisou-se a criminalização primária, que consiste na eleição de condutas consideradas criminosas pelo legislador, não pelo critério do dano social que provocam, mas pela habitualidade com que essas condutas são praticadas, assim como pelo estigma atribuído pela sociedade ao suposto indivíduo que praticou o crime. Quando o legislador cria leis, há um processo de criminalização primária consequente da intolerância legislativa com relação à conduta dos sujeitos mais pobres e desfavorecidos de uma sociedade, por exemplo, enfatizando o rótulo social.

Destacou-se, ainda, a criminalização secundária no qual predomina a atuação das agências de controle social formal sobre o indivíduo estereotipado como delinquente, como, por exemplo, o judiciário. Por conseguinte, um ato será considerado desviado ou não de acordo com o

padrão de comportamento pré-estabelecido por um grupo de indivíduos que detém o poder em sociedade – as instâncias formais de controle social.

Em suma, confirmou-se a importância no estudo da teoria do etiquetamento uma vez que é através dela que podemos perceber a presença incontestável dos rótulos e estigmas sociais impostos a determinados sujeitos marginalizados. A sociedade rotula alguns indivíduos de forma a deixá-los a um passo da criminalidade, priorizando o bem comum de poucos, e segregando aqueles que mais necessitam de atenção e assistência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, v. 26, n. 50, 2005. Disponível em: . Acesso em: 02 mai. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MUNIZ FILHO, José Carlos Cunha; OLIVEIRA, Larissa Teixeira. A formação do pensamento criminológico crítico materialista: da reação social à criminalização social. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 3, n. 1, 2014, p. 16-24. Disponível em: <http://rbc.org.br/ojs/index.php/rbc/article/view/58/pdf_19>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SELL, Sandro César. A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach". **Jus Navigandi**, Teresina, 17 ago. 2007. Disponível em: .Acesso em: 11 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

NOTAS:

[1] SELL, Sandro César. A etiqueta do crime: considerações sobre o "labeling approach". **Jus Navigandi**, Teresina, 17 ago. 2007. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2017.

[2] BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

[3] MUNIZ FILHO, José Carlos Cunha; OLIVEIRA, Larissa Teixeira. A formação do pensamento criminológico crítico materialista: da reação social à criminalização social. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 3, n. 1, 2014, p. 16-24. Disponível em: . Acesso em: 30 jan. 2018.

[4] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[5] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[6] BARATTA, 2001, p. 88-89.

[7] GOFFMAN, Erving. **Estigma** – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

[8] BARATTA, 2001.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[10] DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade crimininógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

[11] FILHO; OLIVEIRA, 2014.

[12] SELL, 2007.

[13] FILHO; OLIVEIRA, 2014.

[14] FILHO; OLIVEIRA, 2014.

[15] ZAFFARONI, 2001.

[16] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, v. 26, n. 50, 2005. Disponível em: . Acesso em: 02 mai. 2018.

[17] BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 24.

[18] SELL, 2007.

[19] MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[20] MOLINA; GOMES, 2006.

[21] ZAFFARONI, 2001.

[22] SELL, 2007.

[23] ZAFFARONI, 2001.

[24] BARATTA, 2001.

A CORRUPÇÃO SISTÊMICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

GABRIEL FERNANDES CALDEIRA QUEIROGA:

Acadêmico de direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

Resumo: O presente artigo tem como objetivo expor a teoria de Niklas Luhmann frente à corrupção sistêmica no direito tributário, ilustrando a revisão de conceitos dada pelo sociólogo alemão à teoria sociológica tradicional, propondo uma nova perspectiva de descrição à sociedade complexa e ao direito como subsistema. Além disso, propõe analisar os impactos propugnados pela inclusão de sistemas não jurídicos na elaboração de normas tributárias e sua complementaridade em face da atual realidade histórico-evolutiva da sociedade brasileira.

Palavras- chave: Corrupção sistêmica; legislação tributária; sistemas não jurídicos.

ABSTRACT: This article aims to expose the theory of Niklas Luhmann front of systemic corruption in the tax law, illustrating the revision of concepts given by the German sociologist to traditional sociological theory, proposing a new perspective to the description of complex society and the right as a subsystem. It also proposes to analyze the impacts propounded by the inclusion of non-legal systems in developing tax regulations and their complementarity in the face of current historical-evolutionary reality of Brazilian society.

Keywords: Systemic corruption; tax laws; not legal systems.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA. 2. A CORRUPÇÃO SISTÊMICA FACE AO DIREITO TRIBUTÁRIO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

Niklas Luhmann nasceu em Lüneburg, na Alemanha, em 1927. Estudou Direito na Universidade de Freiburg e trabalhou por alguns anos na Administração Pública, mas somente quando estudou Sociologia e Administração, que formulou sua teoria sobre os sistemas, influenciado pela obra de Talcott Parsons.

Inconformado com a teoria de Parsons para explicar a complexidade da sociedade atual, contribuiu no desenvolvimento de uma teoria sociológica contemporânea, marcada pela perspectiva sistêmica que acabou por diminuir a complexidade e a contingência.

As expectativas são “condensações de referências de sentido”.^[1] São elas que orientam a comunicação e o pensamento frente à complexidade e à contingência do mundo. Para Luhmann, havendo casos de complexidade mais elevada, é mais indispensável esperar decepções que podem ocasionar o abandono (expectativas cognitivas) ou manutenção (expectativas normativas) da expectativa, independentemente da realidade exterior.

O Direito sempre se refere ao Direito, uma vez que o sistema social é de comunicações, e assim, orienta suas comunicações através do código conforme ao Direito/não conforme ao Direito. Dessa forma, não tem por função certos valores ético-morais, mas estabelecer a previsibilidade e diminuir a complexidade inerente à sociedade.

Ainda na visão de Luhmann, as decisões judiciais lidam com o paradoxo:

ela se dá unicamente quando está pressuposto algo que é indecível. O paradoxo da proibição de denegação de justiça, mesmo existindo as lacunas do Direito criam um problema: o Tribunal é obrigado a decidir mesmo quando há lacunas, criando a norma. Os chamados princípios jurídicos são um produto colateral da exigibilidade de uma decisão. É inequívoco que com a exaustiva tarefa de sempre decidir, os Tribunais poderão ter de criar o Direito, postulá-lo e pressupô-lo.^[2]

Já na perspectiva sistêmica, a contingência da comunicação permite superar os dualismos do Direito, estabelecendo “saídas artificiais” do

paradoxo que podem ser superados a partir de outros pressupostos, que não integram a proposição. Desse modo, enquanto subsistema, o Direito sofre a influência do ambiente em que se encontra. A sociedade, enquanto grande sistema é o ambiente do subsistema do Direito.

A teoria sistêmica de Luhmann tratou de superar o embuste de pensar Direito e Sociedade isoladamente, como se pudesse haver Direito sem Sociedade.

2 A CORRUPÇÃO SISTÊMICA FACE AO DIREITO TRIBUTÁRIO

A corrupção sistêmica decorre de uma sobreposição destrutiva de critérios de uma esfera de ação sobre outras. No campo do Direito, isso envolve não só a decisão judicial definida primariamente por determinação de outro sistema, mas também o preenchimento de lacunas da lei e elaboração de regras com vistas a outro sistema que resulta em um conjunto normativo influenciado primordialmente por elementos sociais, políticos ou econômicos do que jurídicos.

Ao comparar sistemas parciais da economia e do Direito, percebe-se que ambos participam da operação social, realizada internamente à sociedade, em nível igualmente diferenciado. Por isso mesmo, as formas de comunicação não podem abandonar o seu sistema.

Ainda de acordo com o pensamento de *autopoiesis*^[3] de Luhmann, ambos os sistemas que operam fechados, no sentido de que as operações que produzem os novos elementos do sistema dependem das operações anteriores do mesmo sistema e são, ao mesmo tempo, as condições para futuras operações. Em conformidade a isso, esse fechamento é a base da autonomia do sistema e nenhum sistema pode atuar fora das suas fronteiras.

No âmbito do Direito Tributário, é notável a interferência de outros ramos do conhecimento diante da construção do ordenamento jurídico próprio. A corrupção sistêmica anteposta por Niklas Luhmann é veementemente ligada, por exemplo, ao instituto das imunidades tributárias previstas na Constituição da República, ao lado dos princípios, como limitações ao poder de tributar, consistindo em verdadeiras delimitações da competência tributária dos entes políticos. Na visão de Márcio Pestana, a imunidade tributária é o feixe de valores jurídicos, depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações especificadas no Texto Constitucional.^[4]

As imunidades tributárias além de carregar valores jurídicos fundamentais descritos pela Carta Maior, trás em suas várias espécies de

não incidência, a atuação de perspectivas de caráter convicções religiosas, culturais, econômicas, sociais e políticas. Ao contrário do que diz o sistema fechado de Luhmann, o Direito adota vertentes não jurídicas na tentativa de estabilizar as expectativas e contrarreações, e no Direito Tributário especificamente, isso não se faz de maneira diferente. Nesse Diapasão, faz-se do Direito instituto operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto.

O sistema religioso é essencial na construção de normas que viabilizam a imunidade tributária no que se refere a não incidência de tributos quanto aos templos de qualquer culto, presente no artigo 150, VI, b, da CRFB. O critério utilizado pelo legislador ao instituí-la não visa exclusivamente à elaboração de normas de conteúdo jurídico seco, único, mas a integração de elementos extrajurídicos. O Brasil mesmo se estabelecendo um Estado Laico é país de maioria religiosa desde seus primórdios e encetou em sua Carta Magna o dever democrático de cumprir com a proteção à liberdade religiosa, princípio este que fundamenta a imunidade em análise.

A plena liberdade conferida pela Carta dá poder de se instituir qualquer segmento religioso, devendo ser garantido, para tanto, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. Ademais, estaria vedado ao Estado interferir sobre a economia interna ou sobre os estatutos das associações religiosas.^[5]

Essa deliberação por parte do legislador possibilita o exercício da liberdade de crença e culto religiosos sem os empecilhos encontrados na carga tributária, que poderia obstar a livre manifestação e realização de atividades religiosas.

Nessa toada, deixa-se claro que a liberdade religiosa mais que um princípio fundamental revela um valor a ser assegurado a todos. Destarte, o legislador utilizando de um sistema religioso (não jurídico) na construção de normas do Direito (jurídicas), protege esse valor com a instituição da imunidade, evitando a restrição e perseguição à determinada religião pelo poder de tributar do Estado.

Partindo para outro aspecto da corrupção sistêmica no Direito Tributário, tem-se a imunidade de Imprensa, disposta também no artigo 150, VI, *d*, da Constituição Federal, que imuniza livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão. Esse tipo de imunidade é outra evidência da mediação de sistemas de caráter não jurídico na resolução questões em âmbito do Direito.

Trata-se da utilização agora de sistemas culturais na busca da proteção à livre manifestação do pensamento, da expressão da atividade intelectual, artística e científica da livre comunicação e do irrestrito acesso à

informação e aos meios necessários para a sua concretização, também garantidos constitucionalmente. Além disso, quis o legislador zelar pelo engrandecimento da manifestação cultural sem barreiras impostas pela tributação.

Por fim, ainda é exemplo a utilização de critérios políticos, sociais e educacionais no feitiço de normas tributárias. O artigo 150, VI, *a, c* da Constituição Federal veda a incidência de tributos por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios sobre o patrimônio, renda ou serviços de uns dos outros, além dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. A imunidade recíproca aqui se estabelece tendo em vista o princípio federativo do federalismo de equilíbrio (ou de cooperação), segundo o qual os entes devem agir amigavelmente^[6], evitando que as unidades federadas interfiram, pela via da tributação, na área de competência e autonomia umas das outras.

3. Considerações Finais

O direito da sociedade reproduz a própria unidade e se orienta para a redução da complexidade do ambiente. O controle cognitivo da complexidade preenche de sentido o código lícito/ilícito e reflete as condições de contingências^[7] que movem a evolução do direito. Sobre esse padrão comunicativo se erguem as condições necessárias à dogmática jurídica, à argumentação e à interpretação do direito no processo de elaboração da decisão judicial^[8]

Essa é a realização paradoxal própria ao sistema jurídico, que lhe garante a autonomia e os limites de sua operacionalidade e somente assim é que o direito pode ser concebido como sistema operacionalmente fechado, apto a estabelecer vínculos com a economia ou a política pela equação funcional entre sistema/ambiente.

O Direito Tributário, mesmo sendo sistema jurídico operacionalmente fechado, trabalhando com o método lícito/ilícito, jurídico/não jurídico ou legal/ilegal, dispõe hora ou outra de preceitos que não fazem parte do Direito propriamente dito para construir suas normas.

4. REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito tributário brasileiro** / Marcus Abraham. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário** / Vittorio Cassone. - 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

CORSI, Giancarlo. *Et al. glosario sobre la teoria social de niklas luhmann., op. cit., p. 79..*

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El derecho de la sociedad, op. cit., p. 375-376.*

MENDES, Gilmar; Branco. Paulo Gustavo Gonet. e COELHO, Inocêncio Martinho. *op. cit., p. 357*

PESTANA, Márcio. **o princípio da imunidade tributária**. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário** / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo Saraiva, 2017.

NOTAS:

[1] CORSI, Giancarlo. *Et al. Glosario sobre la teoria social de niklas Luhmann., op. cit., p. 79..*

[2] LUHMANN, Niklas. *el derecho de la sociedad, op. cit., p. 375-376.*

[3] *Autopoiesis* significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda dos seus próprios elementos. Luhmann o amplia para todos os sistemas em que se pode observar um modo de operação

específico e exclusivo, que são, em sua opinião, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos.

[4] PESTANA, Márcio. **o princípio da imunidade tributária**. editora revista dos tribunais, 2001, p. 62

[5] MENDES. gilmar; branco. paulo gustavo gonet. e COELHO, inocência martinho. op. cit., p. 357

[6] SABBAG, Eduardo. op. cit., p.292

[7] A observação da contingência como valor próprio da sociedade moderna, LUHMANN, Niklas. *Beobachtungen der moderne*, 1992, pp. 93-128.

[8] LUHMANN, Niklas. das recht... op. cit., p. 72.

ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO PARA ALUNOS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: POLÍTICA, CONCEPÇÕES E AVALIAÇÃO.

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente artigo visa discutir o Atendimento Educacional Especializado (AEE) para alunos com Deficiência Intelectual, bem como divulgar a política vigente através da legislação existente, suas concepções e avaliação, de forma sucinta e objetiva para melhor compreensão do leitor.

Palavras-chave: AEE, política, legislação, concepções e avaliação.

Abstract: This article aims to discuss the Specialized Educational Assistance (SEA) for students with Intellectual Disability, as well as to disclose the current policy through the existing legislation, its conceptions and evaluation, in a succinct and objective way for a better understanding of the reader.

Keywords: SEA, policy, legislation, conceptions and evaluation.

INTRODUÇÃO

A Política de Educação Especial com Perspectiva da Educação Inclusiva publicada no ano de 2008 traçou uma nova perspectiva ao atendimento pedagógico, no que tange alunos com necessidades especiais.

Diante de tal política o Atendimento Educacional Especializado (AEE) passa a ser ofertado em salas de recursos multifuncionais aos alunos

com deficiência auditiva, física, visual, intelectual e, também aqueles com transtornos globais de desenvolvimento e superdotação.

Em relação aos alunos com Deficiência Intelectual (DI) apresenta-se um desafio aos docentes especialistas que atendem este público, posto que questionamento e dúvidas referentes a diagnósticos e prognósticos referentes à avaliação e propostas de intervenção pedagógica estão comumente presente no cotidiano destes profissionais.

O presente artigo possui como cerne o Atendimento Educacional Especializado (AEE) tendo foco nos alunos com deficiência intelectual (DI) abordando a política vigente, teorias, concepções e respectivas avaliações ao atendimento dos alunos pelo professor especialista.

POLÍTICA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL

A política de educação especial visa a formação de professores para o Atendimento Educacional especializado e demais profissionais da educação a fim de estarem aptos a inclusão escolar, inclui a participação familiar e da comunidade. Preza pela acessibilidade urbanística e arquitetônica, no que se referem a mobiliários, equipamentos, transportes e informação, articulando setores diversos de implementação de políticas públicas com o intuito de prover acesso, participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e superdotação no âmbito escolar, desde a educação infantil ao ensino superior. (BRASIL, 2008).

Por seu turno, conforme os critérios legais, os alunos que possuem deficiência auditiva, física, visual, intelectual, superdotação e transtornos globais de desenvolvimento devem frequentar as salas de ensino comum com os demais alunos, desta forma, alçando a inclusão escolar e em contra turno os alunos do Atendimento Educacional Especializado (AEE) complementarão a aprendizagem em salas de recursos multifuncionais.

As atividades desenvolvidas no atendimento educacional especializado diferenciam-se daquelas realizadas na sala de aula comum, não sendo substitutivas à escolarização. Esse atendimento

complementa e/ou suplementa a formação dos alunos com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela (BRASIL, 2008, p.10)

Por seu turno, o Ministério da Educação (MEC) fornece às instituições de ensino materiais específicos, para que as salas de recursos multifuncionais estejam devidamente equipadas e organizadas para a funcionalidade do atendimento especializado, desta forma, provendo as necessidades dos alunos com necessidades educacionais e investindo na formação dos professores especialistas que atuarão com atendimento especializado.

Diante do exposto devemos ressaltar os ensinamentos de Baptista:

É necessário que se diga, no entanto, que se este contexto de mudanças potenciais mostra a importância do professor especializado em Educação Especial para que se garanta a existência de percursos escolares satisfatórios e desafiadores para os alunos com deficiência. Essa importância respalda-se na centralidade da sala de recursos como dispositivo pedagógico prioritário na política de Educação Especial contemporânea considerada sua característica de não substituição do espaço da sala de aula em comum para a escolarização. Além disso, as atribuições que implicam conexões/articulações entre o docente especializado e o professor do ensino comum abrem espaço para a discussão curricular necessária nos processos inclusivos. (BAPTISTA, 2011, p.66).

O Ministério da Educação (MEC), por sua vez, de acordo com a solicitação dos municípios, distribuiu materiais e respectivos recursos para a abertura das salas de recursos multifuncionais, todavia grande parte destas salas não está em funcionamento devido ao déficit de professores especializados para realização do atendimento aos alunos com deficiência intelectual e demais deficiências.

Para sanar tal questão, o Ministério da Educação (MEC) tem investido regularmente na formação de professores especializados através de cursos de especialização em atendimento educacional especializado. Tais cursos são ofertados nas modalidades presenciais e a distância, como exemplo tem a Universidade Estadual Paulista que oferta o curso aos professores da rede pública de ensino.

Desta feita, resta claro que as diretrizes da política nacional de implementação do Atendimento Educacional Especializado possui ênfase continua no contexto de apoio e superação das barreiras decorrentes da deficiência, com isto os alunos tem a possibilidade de participação efetiva da prática escolar e, também, da perspectiva pedagógica do ano escolar em que se encontram matriculados.

E é nisto que a escola deve centrar sua atenção: como se podem criar possibilidades de aprendizagem no contexto escolar, interpondo uma substancial mudança no foco, onde as dificuldades não são aprendidas simplesmente como fatores inerentes à condição biológica, mas como, também, provenientes das limitações do contexto social, no caso, escolar (OLIVEIRA, 2012, p.18).

AVALIAÇÃO DO ALUNO COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Por certo a avaliação é um processo complexo, cabendo o julgamento do professor quanto às condições de aprendizagem do discente com deficiência intelectual,, sendo assim, o processo avaliativo é envolto pela subjetividade do observador ou avaliador. Tal questão nos remete a busca de parâmetros norteadores que centralizem a atenção do avaliador em determinados pontos específicos, o que difere na escola da avaliação pedagógica a qual possui como referência a aprendizagem delineada pelo Projeto Político-Pedagógico (PPP). "Os educadores deveriam reinstaurar a pedagogia como o eixo nuclear quando se trata de responder as necessidades dos alunos" (GONZÁLES, 2002, p.111). Observa-se, portanto, uma importante alteração de foco de análise da deficiência em relação às necessidades educacionais dela proveniente.

Irrefutável que o processo avaliativo caracteriza-se por compartilhamento de inúmeras concepções em que todos protagonistas da escola devem se envolver. Trata-se de um olhar para o aluno de forma integral, considerando assim todos os espaços e condições educacionais proporcionadas a este. Conforme especificado pelo Ministério da Educação (BRASIL, 2003), deve-se avaliar pelo menos três âmbitos: educacional (ação pedagógica e escola); aluno (condições pessoais e nível de desenvolvimento); e a família (ambiente e convívio familiar).

Destarte, é de suma importância a compreensão quanto a responsabilidade da avaliação e intervenção seja de todos e não somente do professor do Atendimento Educacional Especializado (AEE), com isto é fundamental a garantia de um trabalho efetivo que beneficie o processo escolar do aluno com deficiência intelectual.

Segundo documento publicado pelo Ministério da Educação (BRASIL, 2010) sobre a deficiência intelectual é retomado o conceito de diferentes âmbitos avaliativos: processos de aprendizagem e inclusão do aluno na escola, salas de recursos multifuncionais, sala de aula e da família. O estudo tem como estratégia construir um perfil do discente e indicar aspectos a serem avaliados, a fim de construir um perfil do aluno e indicar determinados aspectos a serem avaliados em cada um dos âmbitos, todavia centralizando-se através do professor do atendimento educacional especializado e o levantamento de informações, objetivando a elaboração do denominado Plano de Desenvolvimento Individual (PDI).

Por fim evidencia-se a relação entre a sala de aula comum e o atendimento educacional especializado tornando-se específica a avaliação e intervenção e qualquer destes espaços educacionais, com o intuito da manutenção do currículo escolar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o Atendimento Educacional Especializado (AEE) é de extrema importância para os avanços de aprendizagem do aluno com deficiência sendo a inclusão nas salas de ensino regular fator relevante para inserção social.

Os professores de atendimento educacional especializado devem atuar conjuntamente com os professores das salas de ensino regular, a fim de elaborar estratégias pedagógicas que favoreçam a aprendizagem do aluno. Além disto, torna-se indispensável à atuação dos demais partícipes da comunidade escolar e familiares a fim de promover a real educação inclusiva, contribuindo, desta forma, para a inserção social do aluno e evitando qualquer ato discriminatório que possa vir a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, C. R. **Ação Pedagógica e Educação Especial: a sala de recursos como prioridade na oferta de serviços especializados**. Rev. Bras. Ed. Esp., Marília, v. 17, p. 59- 76, maio-ago. Edição Especial. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Saberes e Práticas da inclusão: Avaliação para identificação das necessidades educacionais especiais**. Brasília: MEC/SEESP, 2003.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Atendimento Educacional Especializado para o aluno com deficiência intelectual**. Brasília: MEC/SEESP, 2010.

GARCIA, D. I. B. **Aprendizagem e desenvolvimento das funções complexas do pensamento e a deficiência intelectual na perspectiva histórico-cultural**. In: SHIMAZAKI, E. M; PACHECO, E. R. (Org.). **Deficiência e Inclusão Escolar**. Maringá: Eduem, 2012.

GONZÁLEZ, J. A. T. **Educação e diversidade: bases didáticas e organizativas**. Porto Alegre: ArtMed, 2002.

OLIVEIRA, A. A. S. **Deficiência Intelectual: os sentidos da cultura, da história e da escola**. In: SÃO PAULO (cidade). Secretaria Municipal de Educação. Diretoria de Orientação Técnica. **Referencial sobre Avaliação da Aprendizagem na área da Deficiência Intelectual – Ciclo II do Ensino**

Fundamental e da Educação de Jovens e Adultos. Secretaria Municipal de Educação – São Paulo: SME/DOT, 2012.

SÃO PAULO (cidade). Secretaria Municipal de Educação. Diretoria de Orientação Técnica. **Referencial sobre Avaliação da Aprendizagem na área da Deficiência Intelectual – Ciclo II do Ensino Fundamental e da Educação de Jovens e Adultos.** Secretaria Municipal de Educação – São Paulo: SME/DOT, 2012.

TEORIA DA CAUSA MADURA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

AMANDA SOUZA DE CASTRO:

Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Advogada.

RESUMO: Este artigo visa apresentar uma visão geral da Teoria da Causa Madura no Novo Código de Processo Civil, centrada nas modificações abordadas e conflitos dirimidos no Novo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: reforma processual; Causa Madura; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT:

This article aims to present an overview of the Theory of Mature Cause in the New Code of Civil Procedure, centered on the modifications addressed and conflicts settled in the New Code of Civil Procedure of 2015.

KEYWORDS: procedural reform; Mature question; New Civil Procedure Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teoria da Causa Madura: aparato conceitual a partir do Código de Processo Civil de 1973 – 3. Teoria da Causa Madura no Novo Código de Processo Civil – 4. Aplicação da Teoria da Causa Madura ao recurso de Agravo de Instrumento – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A tendência do Direito Processual Civil brasileiro é aprimorar a prestação jurisdicional, dando maior efetividade à tutela a ser entregue ao cidadão.

Com o objetivo de imprimir maior funcionalidade na tramitação processual, a Teoria da Causa Madura perpassou por inúmeras mudanças. A priori, adveio a Lei 10.352/2001 que teve por principal enfoque almejar esta prestação jurisdicional mais célere e simples, minimizando os prejuízos do

decurso temporal. E uma das reformas advindas com a referida lei foi a inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 515 do Código de Processo Civil de 1973, prevendo explicitamente a possibilidade do tribunal julgar diretamente o mérito da causa independentemente de manifestação do juiz *a quo*, desde que preenchidos os requisitos legais.

Seguindo a mesma linha, o Novo Código de Processo Civil consolidou a Teoria da Causa Madura, de forma a afastar as variadas polêmicas perquiridas pela referida teoria ao longo do desenvolvimento doutrinário, legal e jurisprudencial.

No mais, o presente artigo será fixado um conceito do instituto à luz das lições de renomados doutrinadores, bem como será esmiuçado cada pressuposto legal requerido para que se aplique tal instrumento. Principalmente, versará sobre como ficou posicionada a Teoria da Causa Madura no Novel Código de Processo, expondo os motivos de mudanças e o objetivo pretendido com o novo Código.

O escopo do tema abordado é explanar as melhorias introduzidas com o novo Código de Processo Civil quanto à aplicação da teoria da causa madura, havendo a retificação de equívocos praticados com as reformas do Digesto Processual Civil de 1973, bem como apresentar conceito para que se possa conduzir à conclusão segundo a qual a teoria da causa madura é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, com o novo ordenamento jurídico-processual introduzido pela Lei nº 13.105/2015, o instituto da causa madura foi ampliado em seu campo de incidência, havendo discussão até mesmo quanto à sua observância em outros instrumento recursais que não a apelação.

Assim, neste trabalho demonstrará o aperfeiçoamento que fora dado à causa madura, bem como o fato de ter sido tal mecanismo elevado a protagonista na dinâmica do processo, eis que se torna um valioso instrumento de observância dos princípios da celeridade e duração razoável do processo, bem como de efetivação das decisões judiciais, as quais passam a se aproximar cada vez mais da lesão ou ameaça ao direito, de modo a dar eficácia ao cumprimento dos provimento judiciais.

Em arremate, é digno ressaltar que não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas avaliar a evolução da causa madura no âmbito do processo civil brasileiro, provocando a discussão acerca de temas ainda não pacificados na jurisprudência, como a aplicação do instituto a todos os instrumentos processuais, desde que presentes os requisitos legais.

2. **TEORIA DA CAUSA MADURA: APARATO CONCEITUAL A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973**

Pelas noções anteriormente desenvolvidas, já se pode compreender a teoria da causa madura como a possibilidade de julgamento do mérito direto pelos tribunais, nos casos em que houver prolação de sentença terminativa, ou seja, extinção do processo sem resolução do mérito, desde que, é claro, estejam presentes os requisitos necessários para o imediato julgamento, de acordo com o regramento contido no Código de Processo Civil de 1973, conhecido como Código "Buzaid".

Desta forma, na sistemática processual anterior, além do Tribunal constatar as condições de admissibilidade recursal, deveria verificar, ainda, os requisitos elencados no parágrafo terceiro do artigo 515 do antigo Código de Processo Civil, quais sejam: sentença terminativa sem resolução do mérito; matéria exclusivamente de direito; condições de imediato julgamento.

No que concerne à Teoria da Causa Madura, leciona Eliézer Rosa:

Causa madura é aquela que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito. Onde e quando se aplica o princípio da causa madura? Onde – no tribunal, em segunda instância. Quando – quando o juiz, por erro in judicando, em lugar de julgar o mérito, põe fim ao processo por uma sentença processual, sobre a ação, julgando, por exemplo, o autor carecedor de ação. Havendo recurso, a segunda instância tem dois caminhos a seguir: a) cassa a sentença, fazendo baixar os autos, para que o juiz profira sentença de mérito; b) pelo princípio da causa madura, reforma a sentença na sua conclusão e profere julgamento de mérito, pela procedência ou

improcedência do pedido (Novo Dicionário de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 63).

Outra definição bem completa do instituto é dada pelo professor Daniel Assumpção Neves:

Para que seja aplicada a teoria da causa madura nos termos do art. 1.013, §3º, I, do Novo CPC, o processo deve estar em condições de imediato julgamento. Nesse caso, sendo anulada a sentença terminativa, poderá o tribunal passar ao julgamento originário do mérito da ação. Nesse caso, a sentença é anulada e não reformada como previsto no dispositivo legal ora comentado, cabendo ao tribunal, após julgar o mérito recursal, passar a julgar, de forma originária, o mérito da ação. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a regra não afronta o princípio da ampla defesa, nem mesmo impede a parte de obter o prequestionamento, o que poderá ser conseguido com a interposição de embargos de declaração.

[...] A aplicação da regra ora comentada se mostra dependente exclusivamente de uma circunstância: sendo anulada a sentença de primeiro grau em razão do equívoco do juiz em extinguir o processo sem a resolução do mérito, o tribunal passará ao julgamento imediato do mérito sempre que o único ato a ser praticado for a prolação de uma nova decisão a respeito do mérito da demanda. Havendo qualquer outro ato a ser praticado antes da prolação da nova decisão, o tribunal deverá devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição. Em razão disso, é inaplicável o art. 1.013, §3º, I, do Novo CPC na hipótese de indeferimento da petição inicial (art. 330 do Novo CPC) (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1.652-1.653).

Vale realçar que os pressupostos legais devem ser precisamente analisados pelo intérprete da aplicação do preceito, sob pena de infringir princípios constitucionais como o do contraditório e ampla defesa.

Assim, no que concerne à hipótese introduzida pela Lei nº 10.352/2001 ao Código de Processo Civil de 1973, a nulidade da sentença terminativa é condição imprescindível à aplicação da causa madura, de sorte que qualquer observância sem a configuração da referida condição ensejaria violação à ampla defesa e ao devido processo legal.

Mostra-se pertinente, então, analisar cada pressuposto referido no parágrafo terceiro do artigo 515 do Código de Processo Civil de 1973.

O primeiro requisito legal, como visto, refere-se à sentença terminativa sem resolução do mérito, consistente numa decisão judicial que põe fim ao processo e está prevista no artigo 267 do anterior Código de Processo Civil, dispositivo este expressamente remetido pelo artigo 515, § 3º, do mesmo dispositivo legal, o qual pauta situações que, se reveladas nos autos, o juiz deverá extinguir o caso sem resolver o seu mérito.

Oportuno, então, citar novamente a doutrina de Daniel Assumpção, eis que pertinente a fundamentar o entendimento aqui exposto:

Atualmente, o conceito de sentença deve resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1º, 267 e 269, todos do CPC. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; (ii) efeito: extinção do procedimento em primeiro grau. A redação do art. 267, caput, do CPC – "Extingue-se o processo, sem resolução do mérito" – permite ao intérprete entender que, além do conteúdo de um de seus incisos, a decisão somente poderá ser considerada sentença se extinguir o processo.

No tocante à sentença terminativa, portanto, nenhuma alteração ocorreu em virtude da

modificação do conceito legal de sentença estabelecido pelo art. 162, § 1º do CPC. Uma decisão que tenha como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 267 do CPC, mas que não coloque fim ao procedimento de primeiro grau – como exclusão de um litisconsorte da demanda por ilegitimidade de parte, ou ainda a extinção prematura de uma reconvenção por vício processual – será considerada uma decisão interlocutória e, como tal, será recorrível por meio do recurso de agravo (art. 522 CPC). (Manual de Direito Processual Civil, Volume único, Ed. Método, 2012, p. 492).

Outrossim, não é qualquer apelação interposta contra sentença terminativa que fazia incidir o parágrafo terceiro do artigo 515 do Código de Processo Civil de 1973. É preciso que a sentença não apresente vício que comprometa sua validade, caso em que o tribunal deverá anulá-la, devolvendo-a ao órgão de origem para que seja proferida nova decisão. A título de exemplo, cita-se a incompetência absoluta do juiz que prolatou a sentença.

No que concerne aos requisitos de a questão ser exclusivamente de direito, bem como de estar a causa em condições de imediato julgamento, diversos doutrinadores criticam a existência de ambos os requisitos, sob o fundamento de serem estes praticamente idênticos. Isto porque, tendo em vista que a prova recai sobre fato e não sobre direito, se a questão versar exclusivamente sobre direito, pressupõe-se que não há provas a produzir, razão pela qual a causa já estaria em condições de imediato julgamento.

De fato, tais requisitos estão de tal forma imbricados que não há como se pensar em um sem a noção do outro, de maneira que não se mostra justificável a sua cisão em dois, como fez o legislador pátrio.

Some-se a isto o fato de que tais pressupostos não são acumuláveis, questão que, entretanto, será melhor aprofundada no capítulo seguinte.

Ao tratar do pressuposto de que a causa esteja em condições de imediato julgamento, significa dizer que, para ser julgada de imediato a causa, esta já deve ter sido instruída, em primeira instância, com todas as garantias do devido processo legal e não haver mais necessidade de instrução probatória, isto é, o processo deve ter observado os princípios do contraditório e ampla defesa, além de não serem necessárias novas discussões para que o mérito seja decidido com segurança.

Em razão disso, o escopo desse pressuposto é impedir imoderações em sua concretização, prezando pelo entendimento de que as partes em tempo algum podem ser surpreendidas por decisão sem ter havido discussão e contraditório durante o prosseguimento do processo.

Segundo José Miguel Medina e Teresa Arruda:

Condições de imediato julgamento se deve entender o fato de a questão ter sido debatida pelas partes em primeiro grau de jurisdição – ou, pelo menos, de se ter verificado o contraditório -. A ponto de ser possível identificar com clareza qual é a questão de direito sobre a qual se funda o debate. (Recursos e Ações autônomas de impugnações, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.157 e 158).

É de se entender, por fim, que o último requisito (matéria seja exclusivamente de direito), relaciona-se à inexistência de controvérsias fáticas, situações estas que o arcabouço é meramente jurídico, como diz literalmente o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa quadra, segundo o mencionado dispositivo, a matéria objeto do processo tem que ser exclusivamente de direito, não cabendo produção de provas, ou se prova houver, esta deve ser pré-constituída com a inicial.

Ressalte-se que, atualmente, há doutrina e jurisprudência fixando entendimento no sentido de interpretar de forma ampliativa o parágrafo retro, o que será abordado com mais cautela no capítulo seguinte.

Em suma, para que o julgador de segunda instância se utilizasse da teoria da causa madura na vigência do Código de Processo Civil de 1973, as condições ora mencionadas deviam estar presentes, no sentido de que já não seja necessária nenhuma dilação probatória. Ora, se preenchidos os requisitos, o tribunal não poderia se esquivar de aplicar a presente regra, mormente se houvesse requerimento do recorrente no recurso, já que o dispositivo visa à efetividade processual, direito fundamental do jurisdicionado.

3. TEORIA DA CAUSA MADURA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Para a elaboração do novo Código de Processo Civil, levou-se em consideração os avanços já alcançados e integrados ao sistema processual antecedente. Buscou-se a realização de valores constitucionais, bem como se comprometeu em resolver os problemas relativos a queixas assíduas dos jurisdicionados e dos aplicadores do direito.

Ademais, a nova ordem processual civil estimulou a celeridade processual e a duração razoável do processo por meio de supressão de alguns recursos e até mesmo a ampliação de multas para punir a utilização desses instrumentos de impugnação com a intenção de protelar o andamento do processo. Dessa forma, o legislador busca com tais inovações a garantia constitucional de efetividade das decisões judiciais com celeridade nos trâmites processuais.

Em síntese, a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil deixa clara a preocupação em conservar a forma metódica das normas processuais e, simultaneamente, atender a uma necessidade pragmática, a saber, obter com mais rigor a funcionalidade das demandas.

Em razão de tal escopo, foram mantidos os institutos cujos resultados foram satisfatórios, dentre eles, está a teoria da causa madura (que ao permitir o julgamento de mérito de certas causas em sede recursal, reduziu consideravelmente a duração do processo).

Ademais, foram acrescentados ao sistema jurídico-processual outros institutos que visam a atribuir ao processo um elevado grau de eficiência.

Ainda, foram elencados na exposição dos motivos os objetivos que conduziram a Comissão de elaboração do novo Código de Processo Civil, quais sejam:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O arcaísmo normativo do Novo Código de Processo Civil, dando ênfase à redução da complexidade processual, é encarado com potencial de gerar um processo menos moroso e mais efetivo, bem como de proporcionar uma coesão mais perceptível aos elementos do processo, de forma a permitir que o juiz centralize sua atenção ao mérito do caso concreto.

É claro que o novo codex tem de infundir maior celeridade processual, porém não se pode fazê-lo com atropelos a outras garantias constitucionais, devendo-se balizar no correto sopesamento entre os valores constitucionais da segurança jurídica e celeridade, com intuito de evitar liquidação de direitos e garantias fundamentais.

Insta pontificar, outrossim, a necessidade da reforma do Poder Judiciário, assim como das práticas jurídicas, pois em tempo algum seria

possível a simples modificação legislativa atingir a verdadeira efetividade do sistema processual, tendo em vista que a lentidão do processo tem causas muito mais complexas.

Portanto, é preciso que os órgãos jurisdicionais também de adéquem às novas realidades sociais e legislativas, a fim de compatibilizar a necessária observância às regras dos trâmites do processo sem, contudo, levá-lo à imortalidade, a ponto de provocar a inefetividade das decisões judiciais e, por corolário, a manutenção dos conflitos sociais.

Ainda com relação ao novo Código de Processo Civil, o Anteprojeto preparado por uma comissão de juristas já tramitou no Senado Federal (PL nº 166/10), foi emendado, aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/10). Depois de algumas alterações em relação ao anteprojeto original apresentado, foi aprovado pela Câmara dos Deputados, seguindo, ao sacionamento presidencial.

Após os trâmites referidos, o novo Diploma Processual ingressara no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.

Feitas essas considerações, chega-se ao cerne do presente trabalho, qual seja: a teoria da causa madura no novo Código de Processo Civil.

A redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, referente à aplicação da mencionada teoria possuía a seguinte redação:

Nos casos de sentença sem resolução de mérito e de nulidade por não observância dos limites do pedido, o tribunal deve decidir desde logo a lide se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito ou estiver em condições de imediato julgamento.

Em cotejo com a redação do Código de Processo Civil de 1973, no seu artigo 515, §3º (Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento), observam-se perfunctoriamente duas mudanças, quais sejam:

a) no que tange expressamente sobre a possibilidade de aplicar a presente regra também nas sentenças de nulidade por não observância dos limites do pedido;

b) a substituição da partícula “e” por “ou”, deixando claro a não cumulatividade dos pressupostos da causa versar sobre questão exclusivamente de direito e condições de imediato julgamento, questão, esta que já foi examinada neste trabalho, de modo a defender alternatividade dos requisitos elencados.

No entanto, de acordo com as alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira houve acréscimo de quatro incisos ao parágrafo retro, os quais limitaram especificamente as possibilidades do tribunal decidir diretamente o mérito, desde que, é claro, a causa esteja pronta para julgamento.

Dessa forma, diante de tal modificação, o parágrafo e seus respectivos incisos que trazem a regra da causa madura passaram a ter a seguinte redação:

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

- I - reformar sentença fundada no art. 485;
- II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
- III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
- IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Depois de aprovado pela Câmara dos Deputados em 17/12/2014, finalmente, concretizou-se a redação final do Novo Código de Processo Civil, seguindo para o sancionamento presidencial.

Após o advento da nova Lei, outra norma entrou em vigor, qual seja, a Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, trazendo em seu bojo alterações na redação daquela sem, contudo, modificar a regra da teoria da causa madura.

Em face do novo sistema jurídico em vigor, o instituto da causa madura passou a funcionar de maneira mais organizada e operante, com a intenção de não pairar dúvida quanto ao alcance de aplicação da Teoria da Causa Madura.

Assim, o artigo 1.013, que trata do efeito devolutivo da apelação, enumerou em seu parágrafo terceiro as hipóteses de aplicação da referida teoria da seguinte forma:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível,

julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

Sobre o referido texto legal, tece Cássio Scarpinella Bueno as seguintes considerações:

O art. 1.013 amplia sensivelmente também as hipóteses até então regradas pelo art. 515, §3º, do CPC de 1973, e a possibilidade de julgamento de mérito pelo tribunal, independentemente de reenvio dos autos à primeira instância nos seus verdadeiramente didáticos §§ 3º e 4º.

Assim é que o Tribunal, de acordo com o §3º do art. 1.013, poderá enfrentar o mérito desde logo, sem necessidade de retorno do processo à primeira instância, nas hipóteses de o processo (na verdade, o mérito) estar em condições de imediato julgamento e quando se tratar de decisão terminativa, isto é, que não tenha apreciado o mérito (art. 485); quando se tratar de liminar a decisão ao pedido e/ou à causa de pedir, invalidando, destarte, o extrapolamento da decisão extra ou ultra petita, ou de complementar pedido não julgado (decisão infra ou citra petita) ou, por fim, quando se tratar de nulidade de sentença por falta de fundamentação, o que traz à tona o rico referencial dos §§ 1º e 2º do art. 489. Sobre a ausência de fundamentação, aliás, não é desnecessário lembrar do inciso II do parágrafo único do art. 1.022, que prevê a pertinência dos embargos de declaração para suprir aquele vício. Não há razão, contudo, para atrelar a aplicação do inciso IV do §3º do art. 1.013 à rejeição de prévios declaratórios para aquela finalidade.

O §4º do art. 1.013, por sua vez, evidencia o que boa parte da doutrina já sustentava ser possível no CPC de 1973, de enfrentar o mérito no âmbito da apelação quando reformada sentença relativa à prescrição e/ou decadência (BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 935-936).

Constata-se que o presente dispositivo aborda a possibilidade de o tribunal julgar diretamente o mérito quando a causa estiver em condições de imediato julgamento, deixando de lado o termo “exclusivamente de direito”, presente no Código de Processo Civil de 1973.

Ademais, a literalidade do parágrafo terceiro do artigo 515 do Código “Buzaid”, ao transcrever o conectivo “e” entre os termos “que a causa esteja em condições de imediato julgamento” e “que a questão seja exclusivamente de direito”, sem sombras de dúvidas, induziu ao operador do Direito a interpretar a necessidade de cumulatividade dos dois requisitos para poder utilizar a teoria da causa madura.

Não obstante, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a controvérsia quanto à presença de dois requisitos a serem cumpridos é rechaçada, pois, finalmente, chegou-se à conclusão escorreita de interpretar o termo “se causa estiver em condições de imediato julgamento” de maneira ampla, que engloba tanto as questões exclusivamente de direito quanto as questões de fato e de direito, desde que não seja necessária a produção de provas a respeito destas últimas.

Além disso, em razão da transcrição única desse termo no dispositivo legal, forma-se uma interpretação subjetiva, podendo ser compreendida e delimitada pelo operador do Direito em cada caso concreto, vislumbrando, deste modo, o sentido do melhor entendimento doutrinário antes feito.

Na sequência, o artigo 1.013 do novo codex elencou três novas hipóteses que admitem a aplicação da Teoria da Causa Madura, passando a não ficar mais adstrita às sentenças terminativas.

O inciso I do artigo retro fala da possibilidade de aplicação da teoria da causa madura em sentenças terminativas, já previstas no Código de Processo Civil revogado, não caracterizando nenhuma inovação legislativa.

Por outro lado, os incisos II a IV e o parágrafo quarto do dispositivo elucidam novas hipóteses de cabimento da teoria em questão, ampliando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico processual.

É válido observar que a redação final do novo Código de Processo Civil, em vez de manter um único inciso, como feito pela alteração apresentada no relatório-geral do Senador Valter Pereira, in verbis: “declarar a nulidade de sentença por não observância dos limites do pedido”, preferiu esmiuçá-lo, transformando-o em dois incisos, a saber:

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo.

Desta feita, para melhor compreensão das possibilidades citadas, é forçoso elucidá-las conjuntamente.

A primeira hipótese (incisos II e III do artigo 1.013 do novo codex) se refere à nulidade de sentença por inobservância dos limites do pedido (esta situação corresponde ao princípio da congruência). Trata-se de sentença prolatada pelo juiz de maneira diversa da pedida pelo autor, isto é, concedeu distintamente ou a mais do que foi pedido.

Nessa quadra, é de se ressaltar que os limites não só dizem respeito ao pedido, mas também à causa de pedir e às partes. Assim, em outros termos, a teoria da causa madura poderá ser aplicada nos casos de sentenças extra petita e citra petita.

No que diz respeito à sentença extra petita, esta consiste numa decisão na qual o juiz fixa algo distinto do que fora requerido pelo autor.

Logo, o magistrado errou ao proceder, causando vício de forma na sentença (error in procedendo).

Assim, o parágrafo terceiro do artigo 1.013 do Novo Código de Processo Civil poderá ser aplicado no instante que houver interposição do recurso de apelação requerendo a anulação da sentença fundada em error in procedendo, podendo o tribunal julgar, depois de anulada a decisão, diretamente o mérito, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento.

Já no caso da sentença *citra petita*, ocorre quando o juiz deixa de decidir algo em sua sentença, demonstrando falha na prestação jurisdicional, eis que a prestação não atende ao pretendido. É sabido que nos casos de omissão se interpõe embargos de declaração, contudo, neste caso, pode ser impugnado via apelação.

Ao analisar a situação, o vício (omissão) não está propriamente contido na sentença proferida pelo juízo a quo, mas sim naquilo que faltou a ela. Destarte, o tribunal poderá se manifestar originariamente sobre as questões que deveriam ter sido enfrentadas pelo juiz de primeira instância, desde que o processo esteja pronto para imediato julgamento.

Em vista disso, os incisos II e III se resumem na possibilidade de o tribunal aplicar a teoria em questão em sentenças resolutivas de mérito, anulando-a e decidindo de imediato o pleito, desde que o recurso tenha como escopo a nulidade do julgado por não observância dos limites do pedido.

Já no que concerne à omissão quanto ao confronto de causa de pedir ou de fundamento da defesa, a anulação da sentença somente se legitima caso tais alegações não chegarem a ser suscitadas e discutidas pelo juízo de primeiro grau. Sobre o tema:

A incongruência da sentença com os limites do pedido ou da causa de pedir é motivo de anulação da sentença pelo recurso de apelação e julgamento imediato de mérito pelo tribunal. Dessa forma, reconhecendo o tribunal ser a sentença *extra petita* ou *extra causa petendi*, o processo não deve retornar ao

primeiro grau, cabendo ao tribunal, após a anulação da sentença, julgar novamente o mérito da ação. A previsão legal contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça formada na vigência do CPC/1973.

Na hipótese de sentença ultra petita (não existe sentença ultra causa petendi) também haverá uma incongruência entre os limites do pedido e a sentença, mas nesse caso não há como se aplicar o dispositivo legal em razão da previsão de seu caput. Não haverá nesse caso decisão desde logo de mérito, porque constatando o tribunal ser a sentença ultra petita anula-se apenas a parte excedente da decisão.

A segunda hipótese de julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação é a sentença citra petita, quando o juízo de primeiro grau deixa de decidir um ou mais dos pedidos formulados pelas partes. Nesse caso, a previsão do art. 1.013, §3º, III, do Novo CPC, permite ao tribunal a complementação do julgamento, passando a enfrentar de forma originária os pedidos que deixaram de ser decididos em primeiro grau em razão da omissão do juiz singular. Mais uma vez a novidade legislativa contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema na vigência do CPC/1973 (NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 1.655).

Noutro vértice, a hipótese prevista no inciso IV, in verbis: “decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação”, relaciona-se ao fato de ser obrigatório ao juiz enfrentar todas as questões relevantes, sejam elas de fato ou de direito. São os motivos do ato decisório, por meio do qual o recurso de apelação, por exemplo, irá se embasar, visto que é somente

plausível aludir se uma sentença é injusta ou não diante do exame da fundamentação explicitada pelo juiz.

Então, quando o juiz não discorre logicamente ou mesmo não deixa clarividente as razões no esboço da fundamentação, pode a parte prejudicada interpor recurso de apelação alegando falta de fundamentação da sentença, error in procedendo intrínseco. Logo, caberá ao tribunal ad quem decretar a nulidade da sentença e, se o processo já estiver em condições de imediato ser decididos, julgar imediatamente a lide.

Outra inovação trazida pelo novel CPC diz respeito à regra contida no parágrafo quarto de seu artigo 1.013, o qual abordou explicitamente a hipótese de o tribunal julgar diretamente o mérito da causa quando reformar a sentença que reconheça prescrição ou decadência, sem a necessidade de retornar os autos ao primeiro grau, desde que leve em consideração o requisito da causa está em condições de imediato julgamento, ou seja, não tenha necessidade de dilação probatória no que tange às questões a serem enfrentadas.

Esta possibilidade já ocorria antes mesmo da Lei 10.252/2001, que inseriu o parágrafo terceiro do artigo 515 do Código de Processo Civil revogado. Dessa forma, a inovação se deu pela previsão explícita dessa prática no novo Código de Processo Civil no capítulo referente ao recurso de apelação.

Enfim, o Novo Código de Processo Civil traz grandes inovações, todas com intenção de dar maior efetividade processual. Muitas dessas mudanças se basearam nas construções doutrinárias e nas jurisprudências consolidadas pelos tribunais, dentre elas, urge mencionar a elucidação legal de forma explícita no novo codex do aumento das hipóteses de aplicabilidade da teoria da causa madura, as quais já foram explanadas no presente capítulo.

Por essas razões, resta nítida a factibilidade das situações elencadas no artigo 1.013 do novo CPC, afastando as diversas controvérsias até então presentes no nosso ordenamento jurídico.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Entre as importantes inovações trazidas com a aplicação da aplicabilidade da Teoria da Causa Madura, uma tese que vem ganhando força nos tribunais brasileiro diz respeito à observância da referida teoria também nos casos de julgamento pelo colegiado do recurso de agravo de instrumento.

Antes, porém, de adentrar diretamente nessa questão, pertinente fazer breves comentários acerca do regramento do agravo no novo Código de Processo Civil, o qual trouxe profundas mudanças no referido instrument recursal, modificando de certo modo a sua utilização pelas partes.

Tradicionalmente, o recurso de agravo de instrumento servia para impugnar decisões interlocutórias proferidas pelo juízo a quo que não extinguisse o feito, fosse com ou sem resolução de mérito.

A grande dificuldade dos aplicadores do Direito na vigência do Código de Processo Civil de 1973 era definir quais hipóteses reclamava o agravo de instrumento e quais o agravo retido. O dispositivo legal que definia as hipóteses de cabimento tais instrumentos era o artigo 522, o qual possuía a seguinte redação:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Assim, contra qualquer decisão interlocutória que pudesse causar à parte lesão grave e de difícil reparação poderia ser interposto o recurso de agravo de instrumento, deixando as demais hipóteses para a impugnação mediante o agravo retido.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, as regras do agravo foram modificadas, havendo expressa tipificação das hipóteses de cabimento deste recurso na forma de instrumento, não mais existindo a figura do agravo retido.

O artigo 1.015 do novo diploma processual civil, portanto, inova ao especificar de quais decisões poderá a parte recorrer manejando recurso de agravo. São elas:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Com as modificações introduzidas pelo legislador ao recurso de agravo e às hipóteses de aplicação da teoria da causa madura, o Superior

Tribunal de Justiça, ampliando a interpretação acerca de tais institutos, possui julgados no sentido de permitir a aplicação da referida teoria também aos julgamentos dos recursos de agravo de instrumento (REsp 1215368/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016).

Assim, presentes os requisitos previstos na legislação, é possível ao tribunal julgar diretamente o mérito da lide após a análise das razões do agravo.

Nesse sentido, importa citar o entendimento de Daniel Assumpção acerca dessa possibilidade:

Conforme se nota da expressa previsão do art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, a norma diz respeito à apelação, sabidamente uma das espécies recursais. Ocorre, entretanto, que parcela considerável da doutrina entende ser a regra pertencente à teoria geral dos recursos. Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial no agravo de instrumento [...] (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 1.654).

A questão ainda não está consolidada na jurisprudência, havendo ainda resistência em alguns tribunais brasileiros e na doutrina. Todavia, pela ampliação das hipóteses de incidência da teoria em estudo com o novo Diploma Processual Civil, a tendência é permitir a sua aplicação não somente à apelação, mas também a outras espécies recursais.

Sobre o tema, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Teresa Arruda Alvim Wambier inclina-se "...pela admissibilidade de aplicação do art. 515, §3º também ao agravo de instrumento [...]" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 350).

Ora, não se verifica qualquer impedimento em tal extensão da aplicabilidade da causa madura também a outros recursos. Não obstante figure no texto legal no dispositivo que trata da apelação, sua finalidade transcende à natureza deste recurso, pois, como visto nos tópicos anteriores, o referido instituto decorre das garantias constitucionais da celeridade e duração razoável do processo.

Em conclusão, é perfeitamente possível vislumbar a possibilidade de se julgar diretamente qualquer questão pelo tribunal, desde que, é claro, os requisitos legais estejam satisfeitos, independentemente do recurso manejado pela parte.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da causa madura é definida como instrumento capaz de proporcionar maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, ocasionando, deste modo, a realização de um processo justo, econômico e com razoável duração. Além do mais, trata-se de uma forma de mitigação ao princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que cede espaço à celeridade processual sem, contudo, violar direitos e garantias outorgados aos indivíduos pela Constituição da República de 1988.

É notável que a tendência do Direito brasileiro é lapidar a prestação jurisdicional por meio de leis e reformas no ordenamento jurídico, a fim de tentar resolver o problema clássico no Poder Judiciário, qual seja, o da morosidade processual. De fato, a Teoria da Causa Madura, prevista atualmente no parágrafo terceiro do artigo 1.013 do novel Código de Processo Civil, possui o escopo de diminuir a demora na finalização das demandas e conferir maior efetividade nos trâmites processuais, garantindo a utilidade das decisões judiciais, as quais passam a ser mais agilmente aplicadas.

O dispositivo retro, portanto, estabelece a possibilidade dos tribunais julgarem o mérito da causa quando da apreciação do recurso de apelação, desde que estejam presentes os requisitos necessários para o imediato julgamento, a saber: a) reformar sentença fundada no artigo 485 do CPC; b) decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; c) constatar a omissão no exame de

um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; d) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Com a introdução da causa madura ao ordenamento jurídico brasileiro, nos idos de 2001, ainda sob a regência do CPC de 1973, vários aspectos controvertidos surgiram com a inserção do mencionado dispositivo, dentre eles, a violação do princípio do duplo grau de jurisdição, a não incidência da non reformatio in pejus, desnecessidade de expresse requerimento por parte do recorrente e a possibilidade de aplicar o parágrafo terceiro do artigo 515 do ora revogado Código de Processo Civil em questão que não seja exclusivamente de direito.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, controvérsias sobre a teoria foi superada, uma vez que o artigo 1.013 já mencionado abarca outras hipóteses que não somente aquelas previstas na lei revogada.

Desta forma, o Tribunal, no momento de julgar a apelação contra sentença terminativa e demais hipóteses, pode conhecer e apreciar diretamente do mérito da causa, seja versando ou não sobre questão exclusivamente de direito, mesmo que o juízo a quo não o tenha apreciado. Portanto, a questão controvertida a ser dirimida pela segunda instância poderá ser resolvida em seu objeto, sem agredir o princípio do duplo grau de jurisdição, haja vista que não há supressão de instância, mas sim uma flexibilização em face dos princípios da efetividade, economia e celeridade processual.

Ademais, ficou demonstrado que, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC o Superior Tribunal de Justiça, vinha decidindo pela aplicação do instituto da causa madura também em outros instrumentos recursais, principalmente no julgamento do agravo de instrumento, não mais se restringindo ao procedimento da apelação, não obstante esteja previsto no texto do Código em dispositivo que abarque apenas este recurso.

Atestou-se, ainda, que a doutrina se divide quanto à ampliação do âmbito de aplicação da causa madura aos demais recursos, como o agravo, o recurso especial, entre outros. Todavia, com a entrada em vigor do novo Código, a tendência é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência se

firmem no sentido do alargamento da utilização desse mecanismo de celeridade processual.

Por todo o exposto, a teoria da causa madura é de significativa importância para o sistema jurídico brasileiro, uma vez que oportuniza ao cidadão a possibilidade de entrega da tutela jurisdicional de maneira mais célere e econômica. Entretanto, a lei por si só não irá conferir a tão almejada efetividade processual, sendo fundamental o papel dos aplicadores do Direito proceder conforme as mudanças, colocando-as em prática para que assim possa surgir o resultado almejado.

É imprescindível um aprofundamento do tema, mormente quanto à ampliação de seu âmbito de aplicação, sendo um bom mecanismo para desafogar as filas de demandas de todos os juízes do país, os quais estão cada vez mais sobrecarregados com o volume de processos que diariamente são protocolados nos órgãos jurisdicionais.

A nova legislação processual colaborou bastante para dar maior celeridade ao processo, conferindo um papel de maior destaque à causa madura, eis que esta se mostra protagonista nos tempos de maior agilidade da máquina judiciária, a fim de conferir com maior proximidade possível à lesão ou ameaça de lesão ao direito o cumprimento das decisões judiciais. Chegou enfim a grande oportunidade de desafogar a Justiça brasileira. Cabe agora aos aplicadores do Direito cumprir esse mister.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. Lei nº 5.869, De 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>.

BRASIL. Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>.

BRASIL. Redação final do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento n° 513.044/SP, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 22/02/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08-04-2005 PP-00031 EMENT VOL-02186-08 PP-01496. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765943/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-513044-sp>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 859595 / RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª T., DJe 14/10/2008. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6100415/apelacao-civel-ac-6106790-pr-0610679-0/inteiro-teor-12245948>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 859595 / RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª T., DJe 14/10/2008. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6100415/apelacao-civel-ac-6106790-pr-0610679-0/inteiro-teor-12245948>>.

BRASIL. Recurso Especial n° 1.236.732/PR, rel. Min João Otávio de Noronha. Julgado em: 16/06/2011, 4ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110699/recurso-especial-resp-1236732-pr-2011-0030715-5-stj/inteiro-teor-21110700>>.

BRASIL. TJ-PI - AI: 200900010040724 PI, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 07/12/2011, 3ª Câmara Especializada Cível. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20996032/agravo-de-instrumento-ai-200900010040724-pi-tjpi>>.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - 4ª T., Recurso Especial nº 533.980-MG, Rel. Min. César Rocha. DJU de 13.10.2003. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27533980%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27533980%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27533980%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27533980%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 3ª T., Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1349312/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 03.3.2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1349312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil. V.3. 12 ed. Salvador: Revista, ampliada e atualizada, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da reforma, 5.ed. São Paulo, Malheiros. 2003.
- LOPES, Gervásio. Julgamento direto do mérito na instância recursal. Salvador: Juspodvim, 2007.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicação das Normas da ABNT. 17. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2014.
- FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. V2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - VOLUME ÚNICO. 4 ed. São Paulo: Método, 2012.
- NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. et al. Os Juízes e o Novo CPC. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROSA, Eliézer. Novo Dicionário de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006.

NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO: CONCEITO, ESTRUTURA E CONTRIBUIÇÃO PARA O APRIMORAMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

RICARDO KANEKO TORQUATO:

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Amazonas, Pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo CIESA-AM, graduado e vinculado à Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: Dedicamo-nos a analisar, de maneira simples, os principais aspectos do pensamento jurídico contemporâneo, a partir da segunda metade do Século XX. Especificamente, de que maneira o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo formataram a revisitação e a releitura de institutos jurídicos clássicos, bem como as contribuições que ambos fazem na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Pensamento jurídico contemporâneo.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Neoconstitucionalismo: Conceito e Estrutura 3 Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo: Identidade e Distanciamento 4 Separação dos Poderes: Adequação ao Pensamento Jurídico Contemporâneo 5 Considerações Finais 6 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Buscamos analisar, de forma simples e apegada aos fundamentos constitucionais brasileiros, dois dos principais alicerces do pensamento jurídico contemporâneo.

O pensamento e a metodologia jurídicos passaram por significativas transformações a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, segunda metade do Século XX.

Sabe-se que as experiências sociais e políticas - sem se desprezar, evidentemente, os solavancos econômicos - vividas pela população mundial deixaram marcas profundas, que escreveram, à base de sangue e de sofrimento, a história das sociedades daquele período cinzento.

O Direito, enquanto ciência em ininterrupta e indissociável relação com a sociedade, não passou distante e ileso a esses fenômenos.

Com a sucumbência dos regimes totalitários nazi-fascistas, ficou evidente a necessidade de se promoverem - e efetivarem - os direitos e as garantias fundamentais em prol do cidadão, ante aos abusos percebidos, notadamente, do Estado ou de quaisquer detentores do poder. (CAMBI, 2011, p. 102).

Desse modo, a constatação de que "o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação de regimes autoritários levou ao desenvolvimento de uma nova dogmática na qual a dignidade da pessoa humana desponta como núcleo central do constitucionalismo", segundo o talentoso constitucionalista Novellino (2012, p. 57).

Pois bem.

A esse fenômeno de mudança na perspectiva do Direito, verificado, sobretudo, na Europa pós-Segunda Grande Guerra - de que são exemplo as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978), bem como a Lei Fundamental de Bonn -, deu-se o nome de Neoconstitucionalismo. (PAZZOLO, 2003, p. 51-70).

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO E ESTRUTURA

Encontra-se, comumente, na doutrina constitucional, a divisão do neoconstitucionalismo em 4 (quatro) acepções: a) modelo constitucional; b) teórico; c) ideológico; e d) metodológico.

Importa destacar que, em sua acepção *teórica*, o neoconstitucionalismo se aproxima muito do pós-positivismo.

Desse modo, em certa contraposição ao positivismo estatalista e legicentrado do Século XIX, há o reconhecimento definitivo de normatividade à Constituição, que figura como centro do ordenamento jurídico, com a consagração dos direitos fundamentais, e da importância atribuída aos princípios enquanto norma.

Com fundamento no Estado constitucional democrático, sem o qual não se pode cogitar de neoconstitucionalismo, o aspecto *ideológico* coloca a garantia – e a efetividade – dos direitos fundamentais em primeiro plano.

Ao seu lado, há a obrigação moral de obediência à Constituição e às leis compatíveis a ela; de modo que se torna inconcebível a concepção de Direito em que a lei carece de limites substanciais.

Nesse último sentido, há evidente oposição ao positivismo jurídico, enquanto ideologia que impunha a teoria da obediência absoluta e automática da lei.

O último caractere da teoria neoconstitucionalista *ideológica* se releva na preferência por juízes - em especial, Cortes Constitucionais - em detrimento do Legislativo, no mister de extrair a *ultima ratio*. Entretanto, essa atividade deve ser desempenhada com o devido cuidado.

Em sua acepção *metodológica*, estuda-se o papel conferido à teoria jurídica. Nota-se a busca pela superação do ponto de vista exclusivamente externo – do observador – em respeito ao princípio da neutralidade, pelo que se revelava a função puramente descritiva – elemento cognoscitivo – do positivismo jurídico. De acordo com o saudoso Ronald Dworkin (1978, p. 48), o neoconstitucionalismo, opondo-se a essa tese, atribui à teoria jurídica, ao lado da função descritiva, a função *prescritiva* (elemento volitivo), proporcionando critérios adequados à resolução efetiva e prática dos casos difíceis (*hard cases*).

Com a precisão que lhe é peculiar, o respeitado Ministro do STF Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2005, p. 30), em importante estudo acerca do presente instituto, percebeu que as alterações promovidas pelo fenômeno do neoconstitucionalismo podem ser diagnosticadas em 3 (três) aspectos.

O primeiro deles, o aspecto *histórico*, alberga-se nas referidas transformações do Direito Constitucional contemporâneo do pós-guerra; sobretudo, com a superação do paradigma da validade meramente formal do Direito, em que era suficiente, ao Estado, cumprir o processo legislativo para que a *lei* expressasse o Direito. Nesse sentido, adveio a conscientização de que o Direito deveria ser enxergado no ventre das "relações de poder" (CAMBI, 2011, p. 80), tornando-se inconcebível que, sob a alcunha da vontade do legislador, tudo o que o Estado manifestasse, ou produzisse, fosse legítimo.

Portanto, superando as opressões - e o próprio sistema metodológico existente, com a busca pela efetivação do que, em tese, estava (formalmente) garantido ao cidadão -, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

O segundo, aspecto *filosófico*, manifestou-se com a eliminação do dogma da lei enquanto vontade geral, indicando, com notas de acerto, a necessidade de dar azo à hermenêutica jurídica *constitucionalmente adequada*.

É dizer, com o desenvolvimento da distinção entre regras e princípios - pelo que se deu força normativa a estes -, desenvolveu-se uma teoria da norma mais condizente à realidade e necessidade do Direito e da sociedade, respectivamente - sobretudo, levando-se em consideração os *hard cases*, de que carecia, pelo ordenamento jurídico existente, de soluções efetivas - conforme veremos mais abaixo. Bem assim, buscou-se, com rigor, a ampliação da efetividade da Constituição, que não poderia indicar, tão somente, uma Carta Política, dotada de normas programáticas, sem eficácia social e efetividade plena.

Esse pressuposto (ou aspecto) filosófico do neoconstitucionalismo é, também, conhecido por *pós-positivismo*, de modo que os princípios, até então com aplicação meramente secundária, adquiriram força e relevância jurídicas como fatores de conformação judicial do direito.

Por fim, ensina o ilustre constitucionalista que há o aspecto *teórico* do neoconstitucionalismo - que se identifica com o pós-positivismo, pelo uso

da mesma plataforma teórica. Com efeito, esse terceiro aspecto caracteriza-se por três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Reconhecer força normativa à Constituição representa a afirmação de que essa Norma, conforme ficou evidenciado, não representa, simplesmente, uma carta de intenções, um diploma de normas sem efetividade, mas que a Constituição está dotada de caráter normativo jurídico imperativo

Nesse sentido, representa, bem pensadas as coisas, uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, em que se verificavam as referidas normas programáticas, destituídas de positividade ou eficácia vinculativa. Significa, conforme lição de J.J. Gomes CANOTILHO (2010, p. 183),

fundamentalmente: i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); ii) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como diretivas materiais permanentes; iii) servirem de limites materiais negativos dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionalis os atos que a contrariam.

Como efeito dessa aludida vinculação, aparece a expansão da jurisdição constitucional, com a onda revolucionária trazida pelo movimento de acesso à justiça; em que o Judiciário, em nítida função criativa e normativa dos juízes, deve exercer, sem embargos, sua missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais.

Impende reforçar, o pós-positivismo, aspecto filosófico do neoconstitucionalismo, ao revitalizar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica, que enfatiza a função criativa do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que, notadamente, mais se utilizam de cláusulas gerais, permitem entender que

o juiz, atribuindo sentido ao texto da Constituição (ou da lei), constrói a norma jurídica do caso concreto.

Por derradeiro, não menos importante, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, sem abandonar os elementos clássicos de interpretação, deu nova cor à hermenêutica, ressaltando, consideravelmente, a teoria dos princípios.

Em outros termos, com fundamento na comentada teoria dos princípios, em razão de eventual ou aparente choque entre valores constitucionalmente tutelados, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, com o uso do sistema de *check and balances*, ajusta a norma às circunstâncias do caso concreto, permitindo a solução dos casos difíceis, levando, indubitavelmente, a Constituição a sério, à efetividade.

Em cotejo com a função descritiva, até então existente, o neoconstitucionalismo reconhece a importância da função prescritiva, no sentido de garantir soluções possíveis de realizar a operacionalização desse novo modelo.

A despeito de representar o aspecto filosófico do neoconstitucionalismo, não há uma relação de completa identidade entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo. Antes, há alguns pontos de contato, que se revelam fundamentais ao adequado entendimento do pensamento jurídico contemporâneo. Porém, há outros pontos de divergência, que, do mesmo modo, são de imprescindível importância.

Portanto, faz-se indispensável uma breve exposição desses mencionados pontos.

3. PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: IDENTIDADE E DISTANCIAMENTO

Os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo, segundo o ilustre Paulo Bonavides (2001, p. 131).

A consagrada frase do eminente constitucionalista, primeiro a utilizar o termo "pós-positivismo" no constitucionalismo dessas férteis terras

brasileiras, revela um dos substratos em que se sustenta esse fenômeno jurídico do fim do Século XX.

Enquanto movimento de reação ao modelo kelseniano de negação a valores, o pós-positivismo buscou inspiração, inicialmente, nas teorias dos ilustres Ronald Dworkin e Robert Alexy, com o reconhecimento da mencionada força normativa aos princípios. Posteriormente, dedicou-se à obra da Viehweg (com sua reconhecida tópica), bem como à nova retórica de Perelman, pelo que se iniciou a construção dos fundamentos que permitiram e sustentaram as decisões judiciais, oportunamente comentadas.

Com fundamento na teoria de Alexy, o pós-positivismo indica que o adequado conceito do Direito deve conter, ao lado da validade formal e da eficácia social - aspectos que já se faziam presentes na visão positivista -, a correção substancial.

E o que se entende por correção substancial?

Partindo-se da nova relação entre Direito e Moral, introduzida pelo pós-positivismo, esse conceito do Direito não se encontra preenchido pela moralidade, mas limitado por ela. É dizer, a correção substancial, dimensão ideal ou crítica, impõe um *patamar mínimo de justiça material* que *deve* existir em qualquer ordenamento jurídico. Por meio deste, fixa-se um limite para além de que o Direito não pode ter *validade*: trata-se da extrema injustiça.

Trata-se do dever jurídico de decidir corretamente.

Explica Novellino (2012, p. 105), "a Constituição, enquanto estatuto normativo encarregado de consagrar os valores fundamentais de uma sociedade ("reserva de justiça"), constitui-se no principal instrumento de realização dos ideais pós-positivistas".

Essa informação é relevantíssima à visualização e ao entendimento do ponto de divergência entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo (uma vez mais, seu aspecto filosófico). Com efeito, compartilham a base teórica e possuem inúmeros pontos de convergência - a exemplo da defesa

da função prescritiva para a teoria jurídica. Contudo, merece destaque a seguinte constatação.

Diferem-se em virtude dos planos distintos em que operam, bem como em virtude das diferentes teses que adotam quanto à relação Direito-Moral.

O pós-positivismo, enquanto teoria geral do Direito, adota a tese da conexão *necessária* entre Direito e moral, com fundamento *universal*, pragmático.

Noutro passo, o neoconstitucionalismo, por não constituir teoria geral do Direito, mas teoria *particular* que se aplica, exclusivamente, ao Estado constitucional democrático - seu modelo específico de organização político-jurídica -, adota a tese da conexão *contingente a determinados* sistemas jurídicos. Em outras palavras, decorre da incorporação dos valores morais, pela Constituição, através de princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Vistas as principais transformações por que passou o constitucionalismo a partir segunda metade do Século XX – e que devem ser compreendidas e fixadas, posto que servirão de fundamento teórico para o desenvolvimento da tese adotada nesse *Estudo* - podemos avançar.

Há um singular exemplo de *adequação normativa*, que se enquadra, perfeitamente, aos fundamentos, aqui, expostos.

4. SEPARAÇÃO DOS PODERES: ADEQUAÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Diante do exposto, o princípio da separação dos poderes é um belíssimo exemplo de norma que adaptou-se às necessidades do neoconstitucionalismo, às especificidades do Estado democrático de Direito, ao ordenamento jurídico contemporâneo.

Inquestionavelmente, o princípio da separação dos poderes não apresenta a mesma rigidez de outros tempos.

Importa destacar, neste sentido, que, na atual Constituição brasileira, o princípio detém a natureza jurídica de princípio estruturante; inclusive, elevado à categoria de cláusula pétrea.

Baseado nos estudos de Locke, Montesquieu (1962, p. 181), desenvolveu a concepção clássica da norma, que tinha como pressuposto teórico o sistema de “freios e contrapesos”, com a equilibrada distribuição de poderes entre os órgãos, de modo havia um limite intransponível de atuação para cada um.

Isto é, de acordo com essa clássica concepção, lembra-nos o saudoso mestre Geraldo Ataliba (2011, p. 51-52)

hãõ de ser distintos os órgãos prepostos a uma ou outra atividade, por isso que alguns editam somente normas gerais, sem descer às providências concretas, e outros somente tomam providências concretas nos limites consentidos pelas normas gerais.

Nas relações jurídicas de nosso tempo, entretanto, não se pode vislumbrar, com precisão aritmética de outrora, campo de atuação exclusivo de determinados órgãos (ou Poderes) públicos. Antes, veem-se campos em que há atuação harmonizada e inter-relacionada, sem prejuízo à autonomia e independência quanto às competências e atribuições de cada um; de modo a estabelecer uma colaboração recíproca.

Em seu *Curso*, o Ministro do STF Gilmar Ferreira MENDES (2009, p. 178) assim se manifesta

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a

experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Argumentos que corroboram o que, até o momento, se observou em respeito ao processo de evolução e mutação do pensamento jurídico contemporâneo. E conclui (MENDES, 2009, p. 179):

Nesse contexto de “modernização, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço (...) para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é, notadamente, constante caminhar, permanente evolução. Analisamos, por meio desse artigo, dois dos principais fenômenos experimentados pelo pensamento jurídico nas últimas décadas. Com efeito, o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, ao revisitarem antigos dogmas do Ciência Jurídica, contribuíram – e, evidentemente, ainda contribuem – para a efetividade de valores constitucionais e para o alargamento da sociedade de intérpretes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Discovering the Constitution**. Yale Law Journal, 93:1013, 1984.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Rosolea Miranda Folgosi (atualiz.). 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, vol. 4, p. 268.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1º/11/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 13 de Novembro de 2009

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **La sentenza civile como mezzo di prova. Opere giuridiche, Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti**. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5

_____; **La casación civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1945. t. II.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier Jr (org.), 9ª ed., ver., amp., e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 23ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Hiltomar Martins Oliveira (trad.). São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metafórico". Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Miguel Carbonell (org), Madrid: Editorial Trotta, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria Quinária da Ação: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Volume 2, 7ª Ed. rev. atual. e amp. Salvador: Editora JusPodivm, 2012

DIDIER, Fredie Jr. DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 10ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: JusPodivm, 2012,

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge, Harvard University Press, 1980

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 11ª ed. rev. amp. E atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade. A Força dos Precedentes**. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Salvador: JusPodivm, 2010,

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – plano da existência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva 20

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; e COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009,

MONTESQUIEU, Baron de. **Do espírito das Leis**, São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“O que deve e o que não deve figurar na Sentença”**, in Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. rev. atual., RJ: Forense. SP: Método, 2012

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo: Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier Jr (org.), 9ª ed., ver., amp., e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

PAZZOLO, Susanna. **Metacritica dês neoconstitucionalismo. Uma resposta ai critici di 'neoconstituzionalismo e positivismo giuridico'". *Diritto & questioni pubbliche*. n, 3, 2003, p. 51-70. Disponível em:**

<http://www.ditittoquestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografia_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSTEIN, Cass. **One Case at a Time – Judicial minimalismo n the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2011

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados**. in Leituras complementares de processo civil. 3ª Ed. Fredie Didier Jr (org.). Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier Jr (org.), 9ª ed., ver., amp., e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DIEGO LEMOS MACIEL: Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo. Graduado em Gestão de Recursos Humanos pela Companhia Nacional de Escolas da Comunidade.

RESUMO: O estudo tem como objetivo analisar a prática de assédio moral, tendo em vista a ocorrência cada vez mais frequente no ambiente de trabalho, afrontando diretamente à dignidade da pessoa humana e colocando em risco sua saúde e comprometendo o exercício de suas atividades laborais. Ao longo do estudo foi apresentado o conceito de assédio moral, a classificação de tal prática, bem como as causas que levam o agressor a tal atitude e as consequências tanto ao empregador como ao empregado. Por fim foram sugeridas propostas para evitar e combater esse tipo de agressão entre os colaboradores de uma organização.

PALAVRAS-CHAVE: assédio moral, agressão, trabalho.

METODOLOGIA

Este estudo foi desenvolvido pelo método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislação.

ANÁLISE E DISCUSSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todo ser humano nasce livre e igual em dignidade e direito e, toda pessoa possui autonomia na escolha do trabalho, dessa forma pode-se afirmar que um trabalho digno e um ambiente de trabalho sadio é fundamental ao ser humano. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Pode-se dizer que o trabalho e a dignidade humana são considerados alicerces do Estado Democrático de Direito, uma vez que a Constituição da

República reconhece o valor do trabalho humano e considera a pessoa humana como elemento fundador do Direito, o que a torna livre para agir conforme as normas morais e valores do âmbito social. Assim, percebe-se que o Estado tem o dever de garantir que o ser humano tenha as condições mínimas de trabalho. (CARVALHO, 2009)

O meio ambiente de trabalho é amparado pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXII, que dispõe “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, isso torna o ambiente de trabalho sadio um direito social do trabalhador.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 155, também protege o meio ambiente de trabalho ao estabelecer normas que regulam a segurança e a medicina do trabalho.

Diversos fatores acarretam a desarmonia no ambiente de trabalho, contudo, o mais frequente é o assédio moral. Este fenômeno causa problemas tanto na vida profissional, como desmotivação, sentimento de inutilidade, pedido de demissão, como também na vida pessoal, onde a vítima desenvolve diversos problemas psicológicos e em casos extremos chegam a cometer suicídio. Dessa forma, para que se configure o assédio moral é necessário que exista um agressor, responsável pelos assédios e uma vítima.

O assédio moral classifica-se em vertical descendente, quando praticado por superiores hierárquicos, sendo esta a forma mais comum no ambiente de trabalho em razão da própria condição de inferioridade com relação ao empregador devido questões contratuais. Horizontal simples e coletivo, quando praticado por um ou mais colegas de trabalho e vertical ascendente, quando a agressão é praticada pelo subordinado contra seu superior hierárquico. (CARVALHO, 2009)

Segundo Costin (2008, p. 4 apud ALKIMIM, 2008, p.37) assédio moral pode ser entendido como:

“conjunto de condutas reiteradas, praticadas, na maioria das vezes, por aquele que se encontra em situação hierarquicamente superior ao assediado (a),

de forma a atingi-lo, ou permitindo que outros empregados de mesmo nível funcional o atinjam, com o propósito de ofender a sua honra e sua dignidade por meio de humilhações, ocasionando uma desestabilização no ambiente de trabalho.”

Nas palavras de Marie-France Hirigoyen assédio moral no trabalho é:

“Toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”

Como visto, o assédio moral caracteriza-se através de condutas abusivas e de forma reiterada do agressor com relação à vítima, com o intuito de degradar sua saúde psicológica e desestabilizar seu ambiente de trabalho.

Segundo MENEZES o assédio moral é identificado

“[...]pela comunicação não-verbal (suspiros, erguer de ombros, olhares de desprezo, silêncio, ignorar a existência do agente passivo), ou pela fofoca, zombaria, ironias e sarcasmos, de mais fácil negação em caso de reação. (“Foi só uma brincadeira”, “não é nada disso, você entendeu mal”, “a senhora está vendo e/ou ouvindo coisas”, “isso é paranóia sua”, “ela é louca”, “não fiz nada demais, ela (ele) é que era muito sensível”, são alegações típicas de quem se vê denunciado nesses casos. Todavia, o assédio também tem lugar através de procedimentos mais concretos, como: rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, isolamento, inatividade forçada, ameaças, exploração de fragilidade psíquicas e físicas, limitação ou coibição de qualquer inovação ou iniciativa do

trabalhador, obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas, exposição a ridículo (impor a utilização de fantasia, sem que isso guarde qualquer relação com sua função; inclusão no rol de empregados de menor produtividade); divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta e/ou pública.” (MENEZES, 2002)

O assédio moral faz com que a vítima perca sua auto-estima e motivação para o exercício de suas atividades laborais, fazendo com que o mesmo se sinta culpado por seus erros e incompetências, despertando sentimento inutilidade diante de seu superior. (DARCANCHY, 2006)

O agressor também passa a isolar a vítima. Proíbe a comunicação com os colegas, não delibera atividades, fazendo com que se sinta ocioso, ou delibera excessivo número de atividades impossibilitando-o de cumprir todas, o que faz com que o subordinado se sinta incapaz, ensejando, desta forma, pedido de demissão. (CARVALHO, 2009)

Cabe ressaltar que para que seja configurado o assédio moral, é necessário que o agressor tenha consciência que seus atos prejudicarão a integridade psíquica e física da vítima, a mera pressão devido às exigências da função não pode ser considerada assédio moral.

Esta prática, além de causar danos ao empregado gera danos também ao empregador, tendo em vista que acarreta a diminuição da produtividade, excesso de faltas ao trabalho e pagamento de indenizações.

Segundo MENEZES as causas da prática do assédio moral são:

“motivos e objetivos específicos como a competitividade desenfreada; o individualismo exacerbado; medo de perder o emprego ou o posto de trabalho para colegas mais capazes ou experientes; receio em ver descobertas falhas, ilegalidades; a resistência ao novo, ao diferente, ou até ao tradicional (mal de que sofrem os “moderninhos”: jovens

profissionais arrivistas ou executivos “pós-modernos”).” (MENEZES, 2002)

A CLT, em seu artigo 482, alínea b, assegura a rescisão do contrato de trabalho por justa causa dos responsáveis pela agressão, independentemente do nível hierárquico. Conforme o artigo 483, alíneas *a* e *b*, o empregado também poderá considerar o contrato rescindido quando “forem exigidos serviços superiores às suas forças ou quando forem tratados com rigor excessivo por seus superiores hierárquicos”. O trabalhador possui ainda o direito de buscar a reparação pelos danos materiais e morais causados a ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto nota-se que a prática de assédio moral é uma afronta à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que fere direitos fundamentais do indivíduo como a saúde e o trabalho. Além de danos psíquicos como depressão, também acarreta danos materiais, pois, diante do sentimento de inutilidade, a vítima não vê outra saída a não ser a rescisão de contrato. Assim, é necessário que as empresas, bem como o Estado priorizem melhorias no ambiente de trabalho e estimulem o diálogo entre seus colaboradores, oferecendo treinamentos para todos os níveis hierárquicos e estabelecendo normas de convivência a serem respeitadas dentro da empresa. Cabe, também, aos responsáveis pelos Sindicatos dos Trabalhadores adotar medidas que limitem o poder do empregador em relação ao empregado. Um ambiente de trabalho sadio e a boa convivência entre empregadores e empregados é fundamental para garantir a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Nordson Gonçalves de. Assédio Moral na Relação de Trabalho. Editora Rideel. 2009.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Consolidação das Leis do trabalho. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**

COSTIN, Rafael. Assédio Moral na Relação de Emprego. 2008. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rafael-costin.pdf> Acesso em: 12/04/2016.

DARCANCHY, Mara Vidgal. Assédio Moral no Trabalho. 2006 Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23319-23321-1-PB.pdf> Acesso em 12/04/2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 12/04/2016.

MENEZES, Claudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. 2002. Disponível em:

http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/70732/009_menezes.pdf?sequence=1 Acesso em 12/04/2016.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral, tradução de Rejane Janowitz, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COMO ESCREVER UM LIVRO E PUBLICÁ-LO A CUSTO ZERO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar de forma sucinta como escrever um livro e publicá-lo a custo zero.

Palavras-chave: Livro. Escrita. Publicação a custo zero.

Abstract: This article aims to demonstrate briefly how to write a book and publish it at zero cost.

Keywords: Book. Writing. Publication at zero cost.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo demostrar de forma sucinta cómo escribir un libro y publicarlo a un costo cero.

Palabras clave: Libro. Escritura. Publicación a precio cero.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Escrever um livro deixou de ser algo impossível e tão complicado com a internet e o acesso as tecnologias, qualquer pessoa com criatividade e conteúdo consegue publicar um livro. Ainda mais com a alternativa crescente dos livros digitais, conhecidos como e-books, que tornaram os preços mais acessíveis e dispensam o papel, podendo ser lidos em smartphones (celulares), tablets ou aparelhos específicos como os e-readers.

Se você quer publicar um livro, independente do assunto e de seu público alvo, existem diversos recursos e serviços que facilitam sua vida. Pretendemos demonstrar de forma rápida e fácil como produzir um livro e publicá-lo a custo zero.

Um trabalho acadêmico como uma tese de conclusão de curso, uma dissertação de um mestrado e a tese de um doutorado ou de um pós-

doutorado podem ser transformadas em um livro e publicado sem muita burocracia e sem dificuldades.

A finalidade deste artigo é demonstrar que os livros ainda estão em alta e há público tanto para impressos quanto e-books, demonstrando os passos desde a elaboração até a sua publicação de forma gratuita.

2 Desenvolvimento

Durante a vida estudantil ou acadêmica com certeza existiu a produção de um trabalho ou projeto que pode ser melhorado e transformado em um livro. O ponto de partida será algo que você tem e precisa ser moldado para que possa se tornar um livro de capa comum ou um eBook, segundo o seu interesse.

Para escrever um livro você precisa de uma ideia. Você pode se inspirar em coisas do cotidiano, do jornal, da tv, da internet ou até de outros livros. Mas você não pode utilizar a mesma ideia. Você tem que diferenciar e personalizar a ideia para que seu livro não seja parecido com o de outra pessoa.

Um livro precisa de um título que desperte a atenção de um público leitor, uma dedicatória, um sumário, partes divididas em capítulos.

A tese de conclusão de curso (TCC), eventualmente chamada trabalho de conclusão de curso, trabalho de graduação interdisciplinar, trabalho final de graduação, projeto de formatura, projeto experimental ou monografia de curso, com suas respectivas siglas, é um tipo de trabalho acadêmico no meio educacional brasileiro amplamente utilizado em cursos superiores e técnicos, como forma de efetuar uma avaliação final dos estudantes, que contemple a diversidade dos aspectos de sua formação educacional.

Dissertação de mestrado é uma modalidade de redação ou composição, escrita em prosa ou apresentada de forma oral, sobre um tema sobre o qual se devem apresentar e discutir argumentos, provas, exemplos etc. Nos meios universitários, equivale à tese, diferenciando-se, no entanto, desta pelo volume de material: a dissertação seria o material que

envolvesse poucas páginas (até o limite de 100), enquanto a tese rotularia os textos que ultrapassassem esse número. Já pelo aspecto qualitativo, a dissertação pressupõe a capacidade de aplicação de um método de análise e interpretação, enquanto a tese implica a originalidade do tema ou da abordagem à luz da qual é exposta e discutida.

Uma tese de doutorado é uma proposição intelectual. Atualmente, é considerado principalmente o trabalho acadêmico que apresenta o resultado de investigação complexa e aprofundada sobre temas mais ou menos amplos, com abordagem teórica definida. “É um texto que se caracteriza pela defesa de uma ideia, de um ponto de vista. Ou então pelo questionamento acerca de um determinado assunto. O autor do texto dissertativo trabalha com argumentos, com fatos, com dados, que utiliza para reforçar ou justificar o desenvolvimento de suas ideias”.

Uma tese de conclusão de curso, uma dissertação de mestrado, uma tese de doutorado e de pós-doutorado podem-se aproveitar o miolo e serem transformadas em partes e cada parte dividida em alguns capítulos.

Parece óbvio, mas o texto deve ser legível. Isto é: não imprima o texto em fonte Gótica tamanho 8, com margens de meio centímetro em uma página do tamanho de um cartão postal. Ninguém vai ler. Exercite a sensatez. Uma fonte no estilo Arial ou Times, tamanho 12, em um papel A4, com margens 3 cm na esquerda, 2 na direita, 2 em cima e em baixo. Não se preocupe com os erros. Não utilize adjetivos em excesso para descrever os substantivos. Quando terminar, é hora de corrigir os erros e a gramática. Sempre tenha consigo um dicionário e uma enciclopédia quando estiver escrevendo. Você pode ter que verificar palavras, encontrar significados ou procurar sinônimos para usar. Você pode querer editar algumas vezes. Para publicar um livro, basta ter uma história para contar e dedicação para escrever muito e escrever bem. Se faltar motivação – o que também é essencial para começar, pegue a dica que Daniel H. Pink dá em sua obra *Drive*: trace seu objetivo, entenda que você é quem está no controle da sua vida e parta para se tornar relevante no que se propõe a fazer.

As pessoas têm uma capacidade muito pequena de concentração. Não se esqueça dessa verdade soberana ao escolher cada palavra em seu livro,

especialmente no primeiro capítulo. Não espere paciência dos seus leitores. Se os primeiros parágrafos não forem capazes de prender a atenção deles, você corre um sério risco de ser trocado por uma literatura muito mais dinâmica.

Um livro é uma tecnologia. Nem sempre esse objeto tão banal para nós teve o formato que conhecemos. E há critérios que estabelecem diferenças entre materiais impressos. Por exemplo, a Unesco define que livro é um impresso com miolo entre capas que possua mais de 49 páginas. Se não for isso, não teremos um livro, mas um folheto.

Não apenas a Unesco, mas outros órgãos e instituições definem qual deve ser a estrutura de um livro. Geralmente, considera-se o livro impresso, a despeito da existência cada vez mais forte do e-book. Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), um livro tem, além do texto propriamente dito, os paratextos, que são elementos que vêm antes ou depois do principal.

Vejamos os elementos mais importantes, que costumam aparecer nas obras de muitos escritores.

Capa e contracapa (ou quarta capa)

A capa protege o livro, mas também serve para seduzir os leitores. Não é à toa que muitas editoras investem em capas bonitas, chamativas, elegantes, visíveis. Geralmente, são feitas de material mais duro, mais resistente, de gramatura maior que a do miolo, justamente para mantê-lo protegido e conservado.

Já que as capas existem, costumam ser usadas também como suporte para alguns textos que ajudam a vender os livros: textos na contracapa, trechos instigantes da obra, dados do autor etc. A capa, propriamente, serve para identificar obra, autor, editora e outras informações interessantes.

Folha de rosto

A folha de rosto e a falsa folha de rosto (opcional) trazem informações sobre a obra que repetem a capa, mas também podem adicionar mais dados, como número de edição ou impressão. Nas costas dessa folha, costuma vir a ficha catalográfica, geralmente feita por bibliotecários. Com isso, é possível classificar a obra, registrar o seu número intransferível (ISBN — International Standard Book Number) e juntar dados, como créditos dos profissionais da edição.

Dedicatória e agradecimentos

Quem não sonha com isso? Um dia, dedicar a obra aos filhos, aos pais, aos amigos. Essas são folhas que servem para homenagear, agradecer, explicar. Do mesmo modo, a folha de epígrafe, opcional, mas que muita gente usa para transcrever algum trecho inspirador de outra obra. Um poema, uma frase, um excerto filosófico pode vir aí, mostrando que um livro puxa outro.

Sumário

É comum e recomendável que se siga o sumário. Trata-se de uma espécie de esquema que traz os capítulos e as seções, com seus títulos e numeração de página. Com ele, é possível encontrar partes da obra quase diretamente, sem ter de folhear de forma aleatória.

Não confundir sumário com índice. Os índices vêm no fim da obra, e nem todas têm. Costumam ser por temas ou por assuntos tratados no livro.

Prefácio e apresentação

Pode ser importante apresentar a obra ao público, fazer um estudo sobre ela, mostrar a que veio. Isso é feito pelo próprio autor, e aí costuma se chamar apresentação. No entanto, é mais comum que os autores convidem outros autores, mais importantes e reconhecidos, para falar sobre a obra. Isso ajuda a divulgá-la e a legitimá-la. Os prefácios costumam ser escritos por outros, assim como os posfácios, que são a mesma coisa, só que depois do texto principal.

Essa é a estrutura básica de um livro, muito embora o essencial mesmo sejam capa, contracapa e miolo. O sumário deve entrar nessa lista. Tudo o mais depende bastante da vontade do autor e do campo de publicação: literário, técnico, religioso, autoajuda, infantil etc. O planejamento de tudo isso é bem importante para que um livro chegue ao seu público e tenha a devida atenção.

Há três formatos básicos de impressão, o A5, o A4 e o 16 cm x 23 cm, sendo os mais usados o A5 (14 cm x 21 cm) – formato tradicional de livro – e o A4 (21 cm x 29,7 cm).

As referências para margreamento e formatação de página são as seguintes:

Livro A5

Papel para formatação básica: tamanho carta (216 mm por 279 mm)

Margens:

Direita – 6 cm

Esquerda – 6 cm

Superior – 3 cm

Inferior – 8 cm

Livro A4

Papel para formatação básica: tamanho A4 (210 mm por 297 mm)

Margens:

Direita – 3cm

Esquerda – 3 cm

Superior – 3 cm

Inferior – 3 cm

Recomendações Gerais

Espaço entrelinhas: simples ou 1,5.

Fontes: Times New Roman 12 é o mais usado.

Parágrafos: Usa-se um recuo de 2 cm (formato europeu); também se pode simplesmente deixar um espaçamento de uma linha após o parágrafo, sem recuo de 2 cm nesse caso. Em ambos os casos, justifica-se (de ambos os lados) o texto em geral.

Capítulos: Cada capítulo deve sempre iniciar numa página ímpar, mesmo que a par anterior fique totalmente em branco (norma da ABNT, para livros).

Sumário: Usa-se um sumário, nas primeiras páginas do livro (quando no final, se chama índice e pode ser feito para tabelas, fotos, gráficos, autores citados, etc.).

Referências e citações: Deve-se seguir as normas de citação e referência constantes deste site, conforme as prescreve a ABNT.

Capas: Venha com uma ideia ou algumas fotos se quiser (se elas vierem já digitalizadas, o ideal é que possuam uma definição de pelo menos 600 dpi). Há bastante flexibilidade para criação de capas, mas isso fica para um momento posterior do processo de edição.

Amazon.com (NASDAQ: AMZN) é uma empresa transnacional de comércio eletrônico dos Estados Unidos com sede em Seattle, Estado de Washington. É claro que a Amazon, uma das maiores empresas do mundo, também teria sua própria plataforma de autopublicação. A Kindle Direct Publishing, ou KDP, também é bem simples e tem a vantagem de expor seu trabalho para um público gigantesco. Por se tratar da Amazon, o autor que publica livros pela KDP entra para uma lista de milhares outros autores independentes de todo o mundo.

O processo é descomplicado: em poucos segundos, você pode se cadastrar ou logar-se com sua conta Amazon. Em 5 minutos, conforme o site já indica, é possível publicar sua obra. Em seguida, dentro de até 48 horas, ela estará disponível para venda no mundo todo.

Os livros também são publicados na Kindle Direct Publishing gratuitamente e de forma mais rápida do que qualquer outra plataforma. Uma vantagem óbvia, também, é que para a publicação ir diretamente para a loja Kindle é bem fácil.

Outra função interessante da KDP é que você pode deixar o livro gratuito por um tempo limitado. Assim, fica mais fácil atrair um número maior de fãs para depois, de fato, concretizar suas vendas.

Publique seu livro com capa comum na KDP, o primeiro passo para a publicação é se cadastrar no endereço eletrônico:

https://www.amazon.com/ap/register?clientContext=135-6449623-2989807&openid.pape.max_auth_age=0&openid.identity=http%3A%2F%2Fspecs.openid.net%2Fauth%2F2.0%2Fidentifier_select&siteState=clientContext%3D130-9797557-9309952%2CsourceUrl%3Dhttps%253A%252F%252Fkdp.amazon.com%252Fbookshelf%253Flanguage%253Dpt_BR%2Csignature%3Dgr4c8DbV3fyPmW3fKQqdhNZSufe9AanCXWskoFQAAAABAAAAAFqq5YlyYXcAAAAAsF6s-obfie4v1Ep9rjqj&marketPlaceId=ATVPDKIKX0DER&language=pt_BR&pageId=kdp-ap&openid.return_to=https%3A%2F%2Fkdp.amazon.com%2Fap-post-redirect&prevRID=NKPPP13ASBDRRA6S2G29&openid.assoc_handle=amzn_dtp&openid.mode=checkid_setup&prepopulatedLoginId=&failedSignInCount=0&openid.claimed_id=http%3A%2F%2Fspecs.openid.net%2Fauth%2F2.0%2Fidentifier_select&openid.ns=http%3A%2F%2Fspecs.openid.net%2Fauth%2F2.0

Criar uma conta

Já tem uma conta da Amazon? Faça seu login no Kindle Direct Publishing (KDP) com seu nome de usuário e senha existentes da Amazon.

Não possui uma conta Amazon? Acesse <http://kdp.amazon.com> e clique em "Inscrever-se". Em seguida, clique em "Criar sua conta KDP" e insira seu nome, endereço de email e uma senha segura.

Depois de criar sua conta, você precisará inserir o autor, o pagamento e informações tributárias. Veja os tópicos abaixo para saber mais.

Informações sobre autor/editora

Insira seu nome e sobrenome, ou o nome da sua editora, e o endereço de correspondência que usaremos para fins de declaração de impostos e pagamentos de royalties.

Pagamento e banco

Ao configurar sua conta, você precisará fornecer detalhes para o recebimento dos pagamentos de royalties das vendas em cada loja da Amazon. As formas de pagamento disponíveis (depósito direto, transferência bancária ou cheque) são baseadas na localização do seu banco.

O depósito direto, também chamado de Transferência eletrônica de fundos (TEF), não possui um valor mínimo para pagamento e é a maneira mais rápida, segura e ecológica de receber seus pagamentos de royalties. Você receberá o pagamento pelas suas vendas aproximadamente 60 dias após o término de cada mês, independentemente do valor e na sua moeda local. Por conta dos benefícios do depósito direto, o Kindle Direct Publishing deixará de emitir pagamentos via cheque até o final do ano de 2017.

Clique abaixo o país ou a região na qual seu banco está localizado para ver onde o depósito direto está disponível:

Estados Unidos (US) | Reino Unido (UK) | União Europeia (EU) | Canadá (CA) | Brasil (BR) | Japão (JP) | Índia (IN) | México (MX) | Austrália (AU) | Nova Zelândia (NZ) | Outros.

Para obter mais informações sobre pagamentos, consulte esta página de Ajuda

Informações tributárias

As regulamentações fiscais dos EUA exigem que a Amazon colete informações sobre o seu status fiscal perante a lei dos EUA com o questionário tributário online na página da sua Conta KDP. Você receberá e validará suas informações tributárias antes de poder atualizar seus livros existentes ou publicar novos livros na Loja Kindle. O questionário tributário orientará você em todas as etapas sobre como coletar todas as informações necessárias para estabelecer a sua identidade fiscal. A taxa de retenção de impostos e certos requisitos específicos variam de acordo com a sua localização.

Para iniciar o questionário tributário:

Faça login em <http://kdp.amazon.com>

Clique em Conta de (Seu nome) no canto superior direito.

Desça na página até "Informações tributárias"

Clique no botão Preencher informações tributárias. Responda a todas as perguntas e insira todas as informações solicitadas durante o questionário. Você pode preencher o questionário novamente sempre que suas informações ou circunstâncias mudarem.

Cadastrado você vai acessar o endereço eletrônico: https://kdp.amazon.com/pt_BR/bookshelf

Novas Edições Acadêmicas é a representação no Brasil da OmniScriptum GmbH & Co. KG, uma editora alemã, endereço comercial: Brivibas gatve 197, LV-1039, Riga Letônia, União Europeia.

A editora Novas Edições Acadêmicas oferece serviços de publicação sem custo para os autores. Nas Novas Edições Acadêmicas pode-se publicar projetos de pesquisa, trabalhos de conclusão de curso de graduação,

dissertações de mestrado, teses de doutorado e trabalhos de pós-doutorado obtém uma incomparável difusão e recepção global graças à nossa experiência em publicação acadêmica e ao uso de novas tecnologias.

A NEA concentra-se na busca, para publicação de pesquisas concluídas nas diferentes áreas disciplinares. Publicar com a NEA é sempre gratuito para o autor, o qual recebe uma comissão sobre direitos autorais proporcionalmente, um exemplar eletrônico gratuito do seu trabalho e a possibilidade de obter exemplares impressos também de maneira gratuita.

Novas Edições Acadêmicas publica numerosos títulos em diversas áreas científicas. NEA é membro associada da American Booksellers' Association (www.bookweb.org) e da Booksellers' Association (www.booksellers.org.uk) do Reino Unido e da Irlanda.

Através de um formulário de contato que você acessa no endereço eletrônico: <https://www.nea-edicoes.com/contact> preenche um pequeno cadastro e envia o trabalho/manuscrito (no formato PDF ou Word, se for possível) para que seja avaliado. Em poucos dias, receberá os comentários, e informações se a NEA tem interesse na publicação do seu trabalho, bem como as mudanças (caso necessário) que devem ser sugeridas para que o livro seja comercializado mais facilmente. Havendo interesse, deverá aceitar os Termos e Condições antes de subir todas as informações necessárias na plataforma On-line (o trabalho no formato PDF, um título sugerido, o texto da contracapa, seu CV resumido e algumas palavras chaves). A NEA On-line lhe permite criar facilmente a capa para o livro seguindo alguns passos. Posteriormente, ocorrerá a revisão e a aprovação. Depois que o Departamento de Desenho e Impressão o aprova, começa a fase de produção e marketing.

O arquivo do livro para a impressão deverá estar no formato PDF. Lembre-se de excluir a capa, o título e as páginas extras do seu arquivo PDF. Já na etapa de desenho, serão acrescentadas quatro páginas que incluem a capa e a informação da gráfica pela NEA.

Procedimento para publicar com a NEA

Enviar o trabalho (como mínimo de 42 páginas) por e-mail como arquivo PDF para o formulário de contato e você terá resposta no prazo de duas semanas sobre a viabilidade da publicação da obra, avisando sobre qualquer mudança sugerida. Durante este período, deverá ser proposto um acordo autoral com a NEA.

O seguinte passo será enviar a versão final do manuscrito e de outras documentações requeridas. A NEA on-line permite que você participe ativamente no desenho da capa, em coordenação com a equipe da editora, que irá guiá-lo na fase da produção e comercialização do seu título.

A Saraiva, uma das grandes livrarias brasileiras, também tem sua própria opção para publicar livros gratuitamente. No Publique-se, porém, o foco são os livros digitais. Lá, somente são vendidos os livros publicados como ebooks. Saraiva.com.br é uma empresa do grupo Saraiva e Siciliano S.A., CNPJ nº 61.365.284/0001-04, Rua Henrique Schaumann, nº 270, São Paulo – SP.

O Publique-se funciona de forma bem parecida com o KDP da Amazon. Voltado para a própria loja da Saraiva, o processo de se cadastrar e publicar seu livro é fácil e feito em poucos minutos. Como já fica explícito no site, é possível publicar seus livros com apenas um clique. Para usuários mais iniciantes, a Saraiva ainda disponibiliza um manual bastante didático ensinando tudo sobre publicação de ebooks.

A publicação de eBook pela editora Saraiva deverá ser precedido de cadastro no endereço eletrônico: <https://digital.livrariasaraiva.com.br/publiques/>

Fundada em 2014, a Bibliomundi foi criada a partir da crescente harmonia entre os mercados editorial e tecnológico com a visão de ser uma líder na revolução do mercado de livros digitais.

A publicação de eBook pela Bibliomundi deverá ser precedido de cadastro no endereço eletrônico: <http://bibliomundi.com/dashboard/ebook/cadastrar#>

O ePub trata-se de um padrão internacional para eBooks, livre e aberto, organizado por um consórcio de empresas chamado IDPF – International Digital Publishing Forum. Encabeçam o IDPF empresas como Sony, Adobe, Microsoft, entre várias outras. O ePub é um arquivo produzido em XHTML, basicamente os mesmos códigos usados por uma página simples da Internet (HTML), acompanhado de uma folha de estilos .CSS para o controle do design e da diagramação. Imagens e fotos são embaladas, junto com o conteúdo – um arquivo para cada capítulo, em um arquivo com extensão ePub. Essa extensão é reconhecida pelo computador, também, como um arquivo compactado. A adoção do formato ePub, internacionalmente, decorre de duas necessidades básicas. A primeira, estabelecer um padrão aberto para os eBooks, que não pague royalties para nenhuma empresa e possa ser aperfeiçoado ao longo do tempo, à medida que o mercado evolui. A segunda, bastante prática, é permitir que o livro possa ser lido pela maior quantidade de aparelhos e programas possíveis, usando apenas um formato, para economizar tempo e dinheiro através de toda a cadeia de produção de eBooks. Por isso, a escolha da linguagem XHTML e a simplicidade do formato ePub foram decisões refletidas, que visaram facilitar a adoção e o emprego do formato sem maiores dificuldades e investimentos. Um livro feito em ePub permite que a leitura seja uma experiência boa em qualquer tipo de tela, independentemente do tamanho, ou do sistema. Pode-se aumentar ou reduzir o tamanho da fonte, alargar ou diminuir o tamanho da página. Com isso, é possível ler o mesmo eBook, o mesmo arquivo, em vários aparelhos, tanto faz se a leitura é no celular, no iPhone, no Sony Reader ou no PC. O texto é redimensionado automaticamente para o tamanho da tela.

A Bibliomundi é membro da EDItEUR, entidade internacional que desenvolve padrões de comércio eletrônico e de informações bibliográficas (metadados) para o mercado de livros, e-books e periódicos eletrônicos. Criada em 1991, a EDItEUR tem 110 membros em 25 países. O eBook na Bibliomundi geralmente fica disponível em até 72h.

Conclusão

Tornar-se escritor pode parecer difícil, mas na verdade é mais uma questão de postura. Ser escritor/a é saber usar os sentidos, observar o que existe em volta com clareza.

Publicar um livro pode ser a concretização de um sonho de criança, a imensa vontade de compartilhar ideias, o início de uma promissora carreira de escritor, a obrigação de informar as pessoas, conclusão de um trabalho acadêmico ou simplesmente uma realização pessoal. Enfim, seja qual for o seu objetivo, a publicação de um livro é uma passagem importante na vida de uma pessoa, que pode mudar a sua trajetória.

De acordo com a cultura popular, o ser humano tem sua missão na terra: plantar uma árvore, ter um filho e escrever um livro.

Na publicação independente, é você quem decide como será o seu livro e é tudo feito ao seu tempo. Você será responsável por todo o processo de revisão, edição, diagramação, define qual será o valor por cada obra e como será feita a divulgação. O livro será lançado da forma que você deseja, sem a interferência de editoras.

Escritores independentes nem sempre conseguem chamar a atenção das editoras, que sempre preferem fazer apostas seguras em autores já consagrados. Além disso, dos manuscritos que chegam até os editores, só alguns são aprovados. Ao optar por tornar o processo de publicação independente, o autor não precisa dessa aprovação (mas é sempre legal pedir a opinião dos amigos, mãe, tio, cachorro para saber como vai ser a aceitação do livro pelo público).

Escritores independentes, em sua maioria, não tem grana para bancar o processo inteiro. Qualquer autor pode publicar um livro por conta própria. Ser um autor independente é a melhor opção. Henry Alfred Bugalho é um autor independente que conseguiu a façanha de publicar vários livros por conta própria e fazer de um deles, o guia de viagens Nova York para mãos-de-vaca, um sucesso de vendas. Inteligente e articulado, ele comanda ainda a revista literária Samizdat.

Você pode, inclusive, publicar seu livro gratuitamente graças a várias plataformas existentes na internet. Se antigamente era muito difícil ter uma obra aprovada pelo editor de um grande selo, essa barreira caiu. Hoje, você pode publicar seu livro, tanto impresso quanto em formato de ebook, inclusive sem nenhum custo.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: **informação e documentação**: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar referência bibliográfica**. 7. ed. São Paulo: Humanitas, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

<https://pt.wikihow.com/Escrever-e-Publicar-um-Livro>



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

RODRIGO XAVIER SOARES

**POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO PARLAMENTAR FEDERAL NO
EXERCÍCIO DO SEU MANDATO**

ÁGUAS CLARAS, DF
2017



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

RODRIGO XAVIER SOARES

**POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO PARLAMENTAR FEDERAL NO
EXERCÍCIO DO SEU MANDATO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação no curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário - Unieuro.

ORIENTADOR: Prof. MSc Heitor Vinícius Bento Pessoa.

ÁGUAS CLARAS, DF
2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me concedido a oportunidade de trabalhar para então iniciar a graduação no curso de Direito que era o meu sonho.

Em segundo momento, agradeço à minha família, em especial meus pais, minha esposa e meu filho Gustavo que nasceu neste ano de 2017. Estas pessoas me apoiaram e me fortaleceram para que eu permanecesse nessa jornada conciliando o trabalho com os estudos.

Também agradeço ao meu orientador por ter demonstrado muita competência e paciência na orientação que recebi para elaborar este trabalho. Ele sempre esteve disposto a me auxiliar com presteza e dedicação em alguns pontos críticos deste tema.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 insere como garantia a imunidade parlamentar. A referida Lei Maior assevera sobre a impossibilidade de um parlamentar ser preso no exercício do seu mandato. Existem exceções, tais como: no caso de flagrante de crime inafiançável, a de prisão de um parlamentar quando ocorrer o trânsito em julgado de um processo criminal. O presente trabalho visa esclarecer as possibilidades de prisão do parlamentar quando ele já estiver exercendo o mandato. Foi analisado se a existência dessas prerrogativas poderia ser configurada como privilégios ou possuem a finalidade de assegurar que o congressista possa exercer a sua função sem sofrer nenhum tipo de perseguição dos demais poderes da República ou uma prisão arbitrária. Realizou-se, também, um exame jurisprudencial e legislativo das propostas de emendas constitucionais nas Casas parlamentares que tratam da imunidade. Como fonte de pesquisa foi utilizada a pesquisa bibliográfica com o intuito de dirimir eventuais dúvidas e confusões incidentes. Foi constatado que o parlamentar federal pode ser preso em algumas situações. Dentre essas, destaca-se a possibilidade de prisão sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado, após o congressista ser condenado em segunda instância. Com base nesta espécie de prisão, o resultado da pesquisa foi parcialmente conclusivo.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Parlamentar federal. Imunidade parlamentar. Hipóteses de prisão no exercício do mandato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. A IMUNIDADE PARLAMENTAR E SUAS ORIGENS.....	03
1.1. ORIGEM DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NO MUNDO.....	05
1.2. A IMUNIDADE PARLAMENTAR NO BRASIL E A SUA PREVISÃO LEGAL.....	08
2. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS.....	13
2.1. IMUNIDADE MATERIAL E FORMAL.....	13
2.2. FORO POR PREROGATIVA DE FUNÇÃO E FORO PRIVILEGIADO.....	17
2.3. HIPÓTESES LEGAIS DA PRISÃO DE PARLAMENTARES E SEUS EFEITOS NO MANDATO.....	19
3. ANÁLISE DO PROBLEMA DE PESQUISA.....	23
3.1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A PRISÃO DE PARLAMENTAR.....	24
3.2. ANÁLISE LEGISLATIVA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR.....	26
3.3. PROJETO DE LEI EM ANDAMENTO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS E NO SENADO FEDERAL SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR.....	28
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS	33

INTRODUÇÃO

A imunidade parlamentar dos membros de mandato eletivo federal constitui uma prerrogativa constitucional para que os congressistas possam desempenhar a sua função com total imparcialidade e liberdade de atuação, sendo invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do seu encargo público, resguardando os membros do Congresso Nacional e viabilizando a democracia.

Ao se falar em imunidade material ou formal, logo se vem à premissa de impunidade para os parlamentares. No entanto, o estatuto dos congressistas, que é o conjunto de regras que regulamenta o regime jurídico dos Deputados e Senadores, tem o escopo de evitar abusos dos demais poderes da República aos integrantes de mandato parlamentar e não foi idealizado para constituir um privilégio de cunho pessoal do legislador, mas sim visa um melhor funcionamento do legislativo impossibilitando perseguições e prisões arbitrárias.

Para isto, é necessário que existam algumas prerrogativas conferidas aos parlamentares e essas imunidades estão em perfeita sintonia com o princípio da isonomia, uma vez que a isonomia absoluta, que é a plenitude de igualdade entre os diversos seres humanos, pode levar a injustiça por não tratar de forma desigual os indivíduos que se encontram em situações de desigualdade.

A presente pesquisa pretende esclarecer eventuais dúvidas que possam surgir no que se refere ao problema em comento, delineando assuntos que corroboram para o esclarecimento do tema, visto que o trabalho é desenvolvido com o objetivo de fornecer as amplitudes e restrições na imunidade parlamentar. Portanto, os estudos apontados pelo presente trabalho busca responder o seguinte problema de pesquisa: é possível a prisão do parlamentar federal no exercício do seu mandato?

O trabalho utilizou o método dedutivo apoiado na pesquisa bibliográfica como instrumento primordial para o desenvolvimento do tema, tendo como principais fontes inspiradoras: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Alexandre de Moraes, Bernardo Gonçalves Fernandes, Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Marcelo Novelino, artigos e alguns julgados. Com o intuito de esclarecer que o parlamentar pode sim ser preso no exercício do seu mandato, sendo uma hipótese existente, desde que tenha praticado um crime inafiançável e seja retido em flagrante, bem como o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nestes termos, o trabalho foi dividido em capítulos e seções com o objetivo de facilitar a leitura e relacionamento de ideias no decorrer do desenvolvimento do tema. O primeiro capítulo trata da imunidade parlamentar e suas origens, fazendo uma abordagem histórica da imunidade parlamentar e o local em que ela surgiu. Ademais, discorre sobre a previsão legal da imunidade no Brasil. Vale ressaltar, outrossim, que foi feito um resumo sintético comparativo do instituto da imunidade parlamentar em outras constituições. Essa abordagem comparativa não teve a pretensão de tornar a pesquisa em um estudo comparativo, mas tão somente enriquecer a pesquisa. Já o segundo capítulo apresenta o estatuto dos congressistas expondo acerca da imunidade material e formal, o foro por prerrogativa de função e foro privilegiado, as hipóteses legais da prisão de parlamentares e seus efeitos no mandato. Por fim, o terceiro capítulo analisa o problema de pesquisa fazendo uma análise jurisprudencial e legislativa da imunidade parlamentar, bem como a existência de projetos de lei em andamento na Câmara dos Deputados e Senado Federal a respeito das prerrogativas parlamentares.

A presente abordagem não exauriu o tema por completo, entretanto, propõe instruir o trabalho com informações típicas da seara constitucionalista e penal com a finalidade de esclarecer e justificar a existência da imunidade parlamentar conferida aos parlamentares e a possibilidade de prisão aos membros de mandato eletivo mesmo quando estiverem no exercício do seu mandato.

1 A IMUNIDADE PARLAMENTAR E SUAS ORIGENS

A imunidade parlamentar foi instituída com o objetivo de assegurar que o membro de mandato eletivo pudesse exercer as suas funções com total inviolabilidade e autonomia, não sofrendo qualquer tipo de perseguição da Casa Legislativa a que pertencer, dos demais Poderes da República ou uma prisão arbitrária.

Podemos conceituar a imunidade parlamentar como um conjunto de prerrogativas com o objetivo de assegurar o exercício da função parlamentar de forma livre, com imparcialidade e sem perseguição. Desse modo, a prerrogativa não é um privilégio. Enquanto o privilégio diz respeito à pessoa, a prerrogativa relaciona-se à função exercida, garantindo-lhe o seu livre exercício. Dessa maneira, a imunidade parlamentar não viola o princípio da igualdade, pois não se trata de um privilégio. Quando termina o mandato parlamentar (seja por renúncia, perda do mandato, seja por encerramento do mandato) o parlamentar não prossegue com essa imunidade, uma vez que não é um atributo pessoal, mas, sim, relacionado à função por ele exercida (MARTINS, 2017, p. 1352).

É de se esclarecer, também, que desde a antiguidade já existia o pensamento da imunidade parlamentar e historicamente ela surgiu na Inglaterra, no século XVII, como uma forma de defesa contra a Coroa, pois o Rei detinha o total Poder, não somente dos súditos, como também dos parlamentares. Dessa maneira, a imunidade não tinha o mesmo viés que possui hoje e abrangia apenas a liberdade de opinião com o termo: “freedom of speech”, que significa liberdade da palavra e foi instituída pela Lei de 1512. Esta Lei determinava que qualquer matéria que tramitava no Parlamento, contra um exercente de mandato eletivo, era considerada nula. (BICALHO, 2011, p. 5).

Por volta de 1603, este conceito foi ampliado pela doutrina inglesa com a expressão: “freedom from arrest”, que significa liberdade de prisão e tinha o propósito de impedir a prisão dos parlamentares por alguma dívida existente. Diante do exposto, verifica-se que a imunidade parlamentar surgiu como um mecanismo de proteção constitucional inglês, principalmente com a implementação do “Bill of Rights” em 1688. A origem histórica aponta que somente as palavras e os votos proferidos no recinto da Casa parlamentar é que são cobertos pela imunidade parlamentar. (MORAES, 2017, p. 328).

No entanto, o instituto da imunidade parlamentar somente se consolidou na história no Direito Europeu, devido ao contexto político que protestava por mudanças e era

alavancado por pensadores da época, como Charles-Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu, que foi um pensador da época e também influenciou a configuração da imunidade parlamentar com a sua famosa obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, ao descrever a base da separação dos Poderes e afirmando que todos aqueles que detêm parcela do poder, tendem a cometer abusos, de modo que o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem esferas de funções típicas e atípicas. Essas funções típicas seriam a essência de cada Poder e não poderiam sofrer qualquer tipo de interferência dos demais Poderes, sob pena de ocorrer uma afronta ao princípio da separação dos poderes. (MORAES, 2017, p. 328).

Neste sentido, pontua-se que o instituto da imunidade conferida aos membros de mandato eletivo possui uma evolução histórica, assim como ocorreu com os direitos fundamentais, até chegar aos dias atuais e surgiu de uma necessidade vivenciada pelos parlamentares na época da Monarquia. Este instituto da imunidade material e formal tem o escopo de trazer uma harmonia entre a separação dos poderes, de modo que não haja abuso ou perseguição entre as três funções da República.

Convém mencionar que a função típica do Poder Executivo é meramente administrativa, do Poder Legislativo é a expedição de normas gerais e abstratas que regulamentam o ordenamento jurídico e do Poder Judiciário é a função jurisdicional, ou seja, consiste na aplicação do direito ao caso concreto. Por outro lado, as funções atípicas são exercidas por todos os Poderes, quando, por exemplo, o Legislativo julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. (FILHO, 2017, p. 40).

Neste seguimento, observa-se o entendimento do doutrinador:

Sem dúvida, a finalidade das imunidades parlamentares é a proteção da independência do Poder Legislativo em relação aos outros Poderes e frente à própria sociedade, para que o mesmo possa desenvolver suas funções típicas e atípicas de forma adequada. Assim sendo, elas (imunidades) visam ao desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes e, com isso, desenvolve-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, um Poder Legislativo independente reforça o princípio democrático. (FERNANDES, 2017, p. 969).

Portanto, a imunidade parlamentar consolidou-se como um mecanismo de efetivação da independência e liberdade dos parlamentares para que eles possam exercer as suas atividades, com total liberdade e sem sofrer qualquer tipo de perseguição do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou dos seus pares.

Destarte, observa-se que este o instituto da imunidade torna-se essencial para que um País efetive a sua democracia, pois a interferência de um Poder da República em outro

Poder ou até mesmo uma prisão de um membro de mandato eletivo sem fundamento legal causa um trauma no processo democrático e na representatividade daquela nação.

1.1 ORIGEM DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NO MUNDO

Analisando a imunidade parlamentar prevista em outros países da Europa, América Latina e América Central, observamos que estas nações possuem prerrogativas muito semelhantes e conceitos muito parecidos com a atual imunidade prevista na nossa Constituição Federal de 1988, principalmente a imunidade material, que possui o objetivo de preservar a liberdade de expressão dos membros do Poder Legislativo, como opiniões, palavras e votos.

No entanto, as prerrogativas para que os parlamentares exerçam os seus mandatos com independência possuem peculiaridades em cada país, de maneira que essas imunidades nem sempre se restringem às normas contidas nas Constituições, estando previstas, também, em legislações esparsas, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, dependendo do histórico de nível cultural e desenvolvimento democrático daquele Estado, influenciando, diretamente, o alcance da imunidade parlamentar em cada nação. (BICALHO, 2011, p. 5).

Desse modo, passemos a observar a imunidade parlamentar e as suas peculiaridades em alguns países:

Constituição Alemã de 1949.

Na Alemanha a Constituição de 1949 em seu artigo 46, assegura que os deputados não poderão ser submetidos à via judicial, disciplinar ou a qualquer outra forma de responsabilização fora do Parlamento Federal, em virtude de voto dado ou opinião emitida no Parlamento ou em uma de suas comissões. Entretanto, há um limite para a imunidade material, pois segundo estabelece o artigo 46, não alcança as ofensas caluniosas. Quanto à imunidade formal, a Constituição estabelece que os deputados somente poderão ser responsabilizados ou detidos por ato sujeito a sanção penal, com autorização do Parlamento, salvo se detidos em flagrante delito ou no decurso do dia seguinte. A autorização do Parlamento, também é necessária para qualquer restrição de liberdade pessoal ou para a instauração de processo contra um deputado, com base no artigo 18 da Constituição, que permite que o Tribunal Constitucional Federal casse alguns direitos fundamentais daqueles que deles abusarem para combater a ordem fundamental livre e democrática. O Parlamento, também, pode suspender todo processo penal e inquérito baseado no artigo 18 da Constituição, bem como, a prisão ou outro tipo de restrição da liberdade contra um deputado.

Constituição Espanhola de 1978.

Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece em seu artigo 71 que Deputados e Senadores gozarão de inviolabilidade por suas opiniões, quando manifestadas no exercício de suas funções e somente poderão ser detidos em flagrante delito. Os parlamentares, também, gozam de foro privilegiado e somente poderão ser indiciados e processados com a prévia autorização da respectiva Casa Legislativa.

Constituição francesa de 1958.

Na França, a Constituição de 1958 estabelece em seu artigo 26 que nenhum membro do Parlamento poderá ser processado, perseguido, detido, preso ou julgado por opiniões ou votos emitidos no exercício das suas funções. Também, não é permitido que membros do Parlamento sejam objeto, em matéria criminal ou correcional, de detenção ou qualquer outra medida privativa ou restritiva da liberdade, a não ser com a autorização da Mesa da Assembleia da qual faz parte, exceto em caso de flagrante delito ou condenação definitiva. Para a instauração de processo contra parlamentar é desnecessária a autorização prévia da Assembleia.

(...)

Constituição Portuguesa de 1976.

Em Portugal, a Constituição de 1976 estabelece em seu artigo 157 que os Deputados gozam de irresponsabilidade civil, criminal ou disciplinar pelos votos e opiniões emitidas no exercício de suas funções. A oitiva de parlamentar como testemunha ou sua arguição como investigado só é possível mediante autorização da Assembleia, devendo ser obrigatória a decisão de autorização nos casos em que haja fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos. O parlamentar só poderá ser detido ou preso, se em flagrante delito de crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos. Nos demais casos o parlamentar somente poderá ser detido ou preso com autorização da Assembleia.

Constituição Argentina de 1994.

Na Argentina, a Constituição de 1994 estabelece nos artigos 68, 69 e 70 que nenhum membro do Congresso pode ser acusado, interrogado judicialmente, nem molestado por pareceres ou discursos que emitir no desempenho do mandato legislativo. Os parlamentares, desde o dia da sua eleição até o término do mandato, só podem ser presos em flagrante por crimes apenados com a morte ou a infâmia, devendo ser a respectiva Casa Legislativa comunicada sobre o evento. Nas queixas por escrito perante a justiça comum, depois de realizada audiência pública e mediante dois terços dos votos da respectiva Casa Legislativa, o parlamentar poderá ter suas funções suspensas e ser colocado à disposição do juiz competente para seu julgamento.

Constituição Boliviana de 2009.

Na Bolívia, a Constituição de 2009 estabelece em seu artigo 151, que os congressistas gozarão de imunidade material durante e após o mandato e não poderão ser processados criminalmente pelas opiniões, comunicações, representações, requerimentos, interpelações, denúncias, proposições, expressões ou qualquer ato legislativo, informativo ou fiscalizatório que formulem ou realizem no desempenho de suas funções. O domicílio e a residência dos congressistas, bem como, os veículos de uso particular e oficial, e, os gabinetes parlamentares, também são considerados invioláveis e não podem, em circunstancia alguma, ser objeto de revistas. A Constituição boliviana não admite aos congressistas a imunidade formal, mas o artigo 152 ressalva que, durante o mandato, nos processos penais não serão aplicadas medidas cautelares de prisão preventiva, salvo se em flagrante delito (REIS, 2017, p. 3).

Neste liame, podemos observar que o autor especifica de forma objetiva o alcance da imunidade material e formal nos países mencionados anteriormente. No caso específico da Bolívia o alcance das prerrogativas alcança até mesmo o domicílio, a residência e o veículo de uso oficial e particular dos congressistas, não sendo objeto de revista em nenhuma hipótese, com a finalidade de que o parlamentar não sofra nenhuma perseguição das demais autoridades

e possa exercer a sua função com imparcialidade, imperturbabilidade e eficiência. Outra peculiaridade no Estado da Bolívia é o fato de não existir a imunidade formal, entretanto os congressistas daquele país não podem sofrer medidas cautelares de prisão preventiva durante o mandato. Dessa forma, damos prosseguimento ao preceito da imunidade em outras Nações, conforme o autor expõe:

Constituição Chilena de 1980.

A Constituição chilena de 1980 estabelece em seu artigo 58 que os Deputados e Senadores são invioláveis pelas opiniões e votos emitidos no desempenho dos cargos, nas sessões e nas comissões. Estabelece, ainda, o artigo 58, que nenhum Deputado ou Senador, desde a data de sua eleição ou nomeação poderá ser processado ou privado de sua liberdade, salvo se em flagrante delito, quando será posto a disposição do Tribunal respectivo, que decidindo haver condições para formação de causa, suspenderá o Deputado ou Senador de suas funções.

Constituição colombiana de 1991.

Na Colômbia, a Constituição de 1991 estabelece em seu artigo 185 que os congressistas serão invioláveis pelas opiniões e votos que emitam no exercício do cargo, sem prejuízo das normas disciplinares contidas nos respectivos regulamentos. Quanto à imunidade formal, o artigo 186 dispõe que os delitos cometidos pelos congressistas serão conhecidos privativamente pela Corte Suprema de Justiça, única autoridade que poderá ordenar sua prisão. No caso de flagrante delito deverão ser detidos e postos à disposição da Corte Suprema para que decida sobre sua prisão.

Constituição da costa-riquenha de 1949.

Na Costa Rica, a Constituição de 1949 estabelece em seu artigo 110 que o Deputado não é responsável pelas opiniões que emita na Assembleia. Durante as sessões não poderá ser preso em virtude de ação cível, salvo autorização da Assembleia ou com o consentimento do Deputado. Desde a proclamação da eleição até o término do mandato, o Deputado e ou o suplente de Deputado não poderá ser privado de sua liberdade por motivo penal, a não ser quando tenha sido previamente suspenso pela Assembleia. O dispositivo ainda estabelece que a imunidade formal não tem efeito no caso de flagrante delito ou quando o Deputado renuncia ao mandato. No caso prisão em flagrante delito, o Deputado poderá ser posto em liberdade por determinação da Assembleia.

Constituição cubana de 1976.

Em Cuba, a Constituição de 1976 estabelece em seu artigo 83 que nenhum deputado pode ser detido nem submetido a processo penal sem a autorização da Assembleia Nacional do Poder Popular ou do Conselho de Estado se aquela não estive reunida, salvo nos casos de flagrante delito (REIS, 2017, p. 4).

(...)

Constituição hondurenha de 1982.

Em Honduras, a Constituição de 1982 previa em seu artigo 200, tanto a imunidade material aos Deputados por suas iniciativas de lei e opiniões emitidas no desempenho de seu cargo; quanto a imunidade formal, contra detenções, acusações e julgamentos, sem a declaração prévia do Congresso Nacional acerca da formação de causa; bem como, também, a imunidade formal na esfera cível, estabelecendo a impossibilidade de demandar civilmente contra um deputado, desde quinze dias antes, até quinze dias depois das sessões ordinárias e extraordinárias do Congresso Nacional, exceto, apenas, no caso de reconvenção. Ocorrida a Reforma Constitucional de 2003, o Congresso Nacional ratificou o Decreto nº. 175/2003 que revogou o artigo 200 da Constituição e pôs fim ao

sistema de imunidades parlamentares naquele país. A revogação das imunidades aos membros do Congresso Nacional foi fundamentada no princípio da igualdade dos cidadãos hondurenhos perante a lei, na afirmação da inexistência de classes privilegiadas e na necessidade da condução do mandato popular sem amparar-se em privilégios de qualquer ordem. Ainda, segundo a justificativa do Congresso Nacional Hondurenho, a instituição da imunidade parlamentar perdeu ao longo do tempo seu valor intrínseco e sua finalidade original de funcionar como garantia ao melhor desempenho da função, passando a ser sinônimo de impunidade (REIS, 2017, p. 4).

Diante do exposto, verifica-se que a única nação, dentre as pesquisadas, que revogou a imunidade parlamentar foi o Estado República de Honduras com a justificativa de que este instituto perdeu o seu sentido e cria, atualmente, uma impunidade e privilégios para um determinado grupo de pessoas, que neste caso são os membros de mandato eletivo. Do mesmo modo, essas prerrogativas trazem, segundo este país da América Central, uma violação ao princípio da igualdade entre os cidadãos Hondurenhos.

Portanto, podemos observar, também, que mesmo em países com Constituições recentes, como no Estado Plurinacional da Bolívia com a sua Magna Carta Política publicada em 2009, ainda são preservadas as prerrogativas para que os seus Parlamentares possam desempenhar as suas funções sem a interferência, intimidação ou perseguições de outras autoridades ou instituições do Estado.

1.2 A IMUNIDADE PARLAMENTAR NO BRASIL E A SUA PREVISÃO LEGAL

A priori, é necessário dizer que a imunidade parlamentar está ancorada no título IV, da nossa atual magna carta, de modo que ficou reservado a Organização dos Poderes e o capítulo I, deste título mencionado, ao Poder Legislativo (BRASIL, Constituição Federal, 1988, título IV.).

O Poder Legislativo brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional, que possui organização bicameral, sendo dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal. A Câmara dos Deputados é composta por 513 deputados federais eleitos através do voto proporcional para um período de mandato de quatro anos e os seus membros são considerados representantes do povo brasileiro. Por outro lado, o Senado Federal é composto por 81 senadores eleitos pelo voto majoritário para um período de oito anos de mandato, de modo que o Senado Federal é renovado de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços e os senadores representam os Estados da Federação, de modo que todas as 27 unidades da federação possuem a mesma representatividade. (NOVELINO, 2014, p. 739).

Insta salientar que o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade, que é um dos pilares da República Democrática de Direito, pois apregoa que todos são iguais perante a lei. No entanto, nenhum princípio constitucional pode ser considerado absoluto, nem mesmo o direito a vida, pois a Magna Carta atual prevê a possibilidade de pena de morte no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”. Dessa forma, as garantias e prerrogativas conferidas as parlamentares, no exercício do mandato, possui perfeita consonância com o princípio da igualdade. (MORAES, 2017, p. 328).

Deste modo, consoante a explanação do autor, verifica-se que a imunidade parlamentar possui harmonia com o princípio da igualdade, uma vez que este instituto, a imunidade, visa assegurar uma imparcialidade para os membros do Poder Legislativo, evitando acusações e condenações sem fundamento legal.

A previsão legal da imunidade material e formal no Brasil está previstas no artigo 53 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e especifica o alcance deste instituto, que se divide em: imunidade material e formal, detalhados em capítulo próprio (BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 53).

Conforme preceitua o autor sobre o artigo da Constituição Federal de 1988 que trata da imunidade:

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1º, 2º e 3º, determinando que os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa (MORAES, 2017, p. 330).

Cumprе ressaltar, também, que regras sobre a imunidade parlamentar aparecem em todas as Constituições brasileiras desde a Constituição de 1824, que foi o período do império, restringindo ou ampliando o seu alcance com o intuito de resguardar a independência e a liberdade dos membros do Poder Legislativo. Igualmente, os Parlamentares Portugueses, Alemães, Norte-Americano, Argentinos e Italianos também estão sujeitos a regras semelhantes às previstas na Magna Carta Política do Brasil, como visto anteriormente. (SILVA, 2016, p. 7).

Passemos a explanação da imunidade parlamentar nas Constituições do Brasil desde a época do império:

Constituição de 1824.

Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição do Império, cuja redação mostrava características liberais, introduzindo o Poder Moderador, bem como o princípio da dissolução da Câmara dos Deputados, pelo imperador. Tratava da inviolabilidade e da não processabilidade dos parlamentares. À época, a Constituição já continha em seu texto a previsão legal da imunidade material, referente às opiniões, palavras e votos, bem como da imunidade formal. Através dos textos constitucionais, percebe-se que os parlamentares eram cobertos de ampla imunidade.

Constituição de 1891.

Em 1891, a Constituição Republicana brasileira também abarcava a previsão da imunidade material e formal. Os parlamentares continuavam invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. Ainda havia a garantia de que não poderiam ser presos nem processados criminalmente sem a prévia licença da Casa de origem, salvo em flagrantes de crime inafiançável. Tinha como novidade a possibilidade do parlamentar acusado poder renunciar à imunidade processual, caso escolhesse o julgamento imediato.

Constituição de 1934.

Em 16 de junho de 1934, foi promulgada a Carta Magna, que trouxe, no seu art. 31, a imunidade material e, no art. 32, as garantias formais do não processo e da não prisão. Ou seja, recepcionou o texto da Constituição anterior. Mantinham-se as prerrogativas já garantidas anteriormente, protegendo o parlamentar no exercício das funções do mandato, incluído nessa imunidade o seu suplente imediato. Porém, havia uma exceção, segundo a qual, no período de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às Forças Armadas, seriam sujeitos às leis e obrigações militares.

Constituição de 1937.

Na Constituição de 1937, poucas garantias foram oferecidas aos parlamentares, que nesse período não possuíam liberdade e eram submissos. No que tratava de opiniões, palavras e votos, o entendimento era de que os parlamentares deveriam ser responsabilizados por tais atos.

Constituição de 1946.

Em 1946, a Constituição superou o período dogmático, buscando a instauração do Estado Democrático e a proteção dos direitos individuais. Mostrou forte tendência ao liberalismo. Voltou a consagrar regras democráticas com relação às imunidades, retomando as prerrogativas dos parlamentares. Dessa vez, estava previsto que, ao tratar-se de prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos seriam remetidos à Casa respectiva, para que, em 48 horas, pelo voto da maioria dos seus membros, fosse decidido sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa. As imunidades eram pessoais e não se estendiam aos familiares.

Constituição de 1964.

Nessa época, iniciou-se a perda de forças até o golpe de 1964, quando, aos poucos, o Poder Legislativo foi colocado à parte do Poder Executivo.

Constituição de 1967.

Em 1967, foi destacada na Constituição a imunidade material. Modernizou-se ao autorizar o privilégio tácito de licença para o processo de parlamentar. Por ser maior que a anterior, era considerada uma nova Constituição, por parte dos doutrinadores.

Constituição de 1969.

A imunidade parlamentar teve a sua primeira alteração com a EC N° 01/69. Alguns anos depois, aconteceu a EC N° 11/78, que também foi editada no regime militar, com escopo de limitar a esfera das imunidades. Tais Emendas modificaram o regime das imunidades parlamentares, profetizando que deputados e senadores, em regra,

eram invioláveis no exercício da função, por suas opiniões, palavras e votos. Entretanto, notadamente, poderiam ser responsabilizados em caso de crime contra a segurança nacional.

Constituição de 1988.

Em 1988, a Constituição buscou fortalecer a garantia formal aos legisladores. (ALVES, 2016, p. 5).

Diante da explanação, destaca-se que a Emenda Constitucional nº 35 de 20 de dezembro de 2001 trouxe algumas mudanças no instituto da imunidade, sendo que uma delas foi a extinção da licença prévia da Casa a que pertencia o seu membro para instaurar o processo criminal, na hipótese de cometimento de crimes comuns, seja nos delitos cometidos antes ou após a diplomação do congressista. Antes da promulgação da referida Emenda, o STF-Supremo Tribunal Federal deveria pedir autorização à Casa Legislativa pertencente ao Parlamentar e esperar a resposta para que fosse instaurado o processo, atualmente o STF apenas deve dar ciência à Casa Legislativa, para que, se for o caso, a Casa Parlamentar determine a suspensão do processo instaurado, sempre por meio de partido político que nela tenha representação.

Conforme o exposto, verifica-se que outra mudança com a promulgação da Emenda Constitucional nº 35 foi a supressão do voto secreto dos membros da Casa a que pertence o parlamentar na deliberação sobre a sua prisão, na situação de ele ser preso em flagrante por crime inafiançável. De forma que atualmente a votação não é mais secreta, mas, sim, votação nominal.

Entretanto, o regimento interno do Senado Federal, resolução nº 93 de 1970, prevê no seu artigo 291, inciso I, alínea “b” o seguinte: “*Art. 291. Será secreta a votação: I-quando o Senado tiver que deliberar sobre:(...) b) perda de mandato de Senador, nos casos previstos no art. 55, § 2º, da Constituição.*”

Vejamos a explanação da atual Constituição de 1988 no seguinte no artigo 55 e seus parágrafos:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
 - II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
 - III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
 - IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
 - V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
 - VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
- (...)

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional,

assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013).

Diante do exposto, embora o regimento interno do Senado Federal mencione que a votação será secreta quando a Casa for deliberar sobre a perda de mandato eletivo, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a votação, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, será aberta, nos moldes da atual Magna Carta Política.

2 ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

O estatuto dos congressistas disciplina, nos artigos 53 a 56 da atual Constituição Federal, quais são as prerrogativas, imunidades, vedações e sanções conferidas aos Parlamentares para que eles possam exercer, livremente, os seus mandatos sem padecerem com perseguições de outros Poderes, como processos judiciais tendenciosos ou prisão desprovida de fundamento legal.

Nestes termos, ressalta-se que essas imunidades têm o escopo de garantir o livre exercício do mandato dos parlamentares e não foi criada com o intuito de oferecer impunidades a eles, uma vez que a proteção parlamentar destina-se a função exercida pelos membros do Congresso Nacional e não a figura do parlamentar. Igualmente, é de se esclarecer que o parlamentar possui essas prerrogativas somente no período em que estiver exercendo o mandato, conseqüentemente eles perdem essas imunidades quando ocorre o fim do mandato ou quando ocorre a sua renúncia. (NOVELINO, 2014, p. 750).

Isto posto, depreende-se que a criação de regras claras e objetivas, visando o fortalecimento dos trabalhos dos representantes eleitos pelo povo brasileiro, contribui para o fortalecimento da democracia e cria uma harmonia entre as 3 funções do Estado, que é legislar, administrar e julgar. Dessa forma, o Poder Legislativo possui um estatuto próprio voltado a assegurar a autonomia dos seus membros.

2.1 IMUNIDADE MATERIAL E FORMAL

A imunidade material dos parlamentares está prevista no artigo 53, caput, da nossa atual Magna Carta política que menciona o seguinte: “*Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*” Esta

imunidade protege todo aquele que esteja exercendo mandato eletivo, neste caso os parlamentares, de vir a responder por incriminação civil, penal ou disciplinar, como os crimes de calúnia, difamação ou injúria. Portanto, o parlamentar não pode ser responsabilizado por “*crimes de opinião*” ou “*crimes de palavra*”. Neste contexto, vejamos o conceito da imunidade na explanação da autora (BRITO, 2007, p. 3):”O vocábulo tem sua origem no latim *Immunitate*. Na definição de Aurélio Buarque de Hollanda este substantivo feminino traduz a condição de não se estar sujeito a algum ônus ou encargo. Significa isenção..”

Desse modo, verifica-se que a palavra imunidade tem o objetivo de trazer o significado de isenção em relação a algo praticado, neste caso em análise, refere-se a alguma coisa cometida por um parlamentar.

Conforme preceitua o autor sobre a natureza jurídica da imunidade, *in verbis*:

Sobre a natureza jurídica da imunidade material, temos que, não sem divergência, é considerada pelo STF, e pela doutrina majoritária, como “causa excludente de tipicidade”. Nesses termos, havendo denúncia ou queixa-crime, esta, deve ser rejeitada por falta de justa causa, não sendo, portanto, admitida a instauração do processo penal. (FERNANDES, 2017, p. 983).

De acordo com a elucidação, a natureza jurídica da imunidade material é excludente de tipicidade, de modo que exclui a natureza delituosa do fato, tornando atípica a conduta do parlamentar quando proferidas no exercício do mandato.

Conforme observa-se, a imunidade material tem o propósito de trazer uma garantia ao congressista para que ele possa expressar as suas opiniões e possa exercer, com tranquilidade, o seu mandato, impedindo que responda civil ou penalmente, no exercício do mandato ou no futuro, por qualquer tipo de palavra pronunciada, ainda que esta palavra seja ofensiva a uma determinada pessoa ou categoria. Destaca-se, que essa imunidade abrange, também, a possibilidade de pedido de explicações ao parlamentar, por meio de interpelação judicial, uma vez que o pedido de explicação tem a natureza cautelar, com o objetivo de ulteriormente viabilizar uma ação principal civil ou penal e como o congressista não pode ser responsabilizado, devido a imunidade material, esse pedido de explicação torna-se sem utilidade. (ALVES, 2016, p. 6).

Essa prerrogativa de não ser processado por palavras, votos e opiniões possui natureza de ordem pública, o que impossibilita a renúncia por parte do parlamentar, pois não pertence ao congressista essa prerrogativa, mas, sim, ao cargo e mandato que ele exerce e caso o congressista queira renunciar à sua imunidade, ele deve renunciar ao seu mandato. (MARTINS, 2017, p. 1370).

Igualmente, a imunidade parlamentar material exige que a conduta do congressista esteja em consonância com o exercício do seu mandato, ainda que as suas palavras sejam proferidas fora do Congresso Nacional, isto é, mesmo que o parlamentar não esteja em uma das comissões de trabalho da Casa ou no plenário a que ele pertença. Portanto, as manifestações proferidas não podem ser em condições alheias à condição de Deputado ou Senador, caso contrário essas expressões não estarão acobertadas pela imunidade material parlamentar. (MENDES, 2017, p. 823).

Nestes termos, constatamos que a imunidade parlamentar não pode ser confundida com vantagens particulares, pois se assim fosse um congressista conseguiria renunciar a essa proteção, poderia responder, após o término do seu mandato, pelas suas atividades realizadas durante o seu mandato eletivo, assim como cometer crimes estranhos ao exercício da atividade parlamentar e não ser responsabilizado por estes crimes.

Salienta-se que a imunidade material abrange as seguintes situações: os discursos pronunciados em sessões ou comissões; relatórios e pareceres lidos ou publicados; votos proferidos; atos praticados nas comissões parlamentares de inquérito; entrevistas jornalísticas e pronunciamentos em meios de comunicação. Por conseguinte, fica evidente que o parlamentar federal possui uma liberdade muito ampla e irrestrita ao expressar a sua opinião, desde que esteja na titularidade do mandato e o seu vocábulo esteja em consonância com a função de um parlamentar. (ALVES, 2016, p. 7).

Além disso, é de se elucidar que o senador será eleito junto com dois suplentes, de modo que a imunidade material não abrange estes. Assim sendo, os suplentes somente serão abrangidos pela inviolabilidade se assumirem a titularidade do mandato. (FRANCESCO, 2016, p. 4).

Por outro lado, temos a imunidade formal, que são proteções dadas aos parlamentares para que eles não sejam presos, não permaneçam presos ou a possibilidade de sustar o andamento da ação penal contra o congressista após ele já ter recebido a diplomação. (MOURA, 2015, p. 7).

A previsão legal da imunidade formal encontra-se no artigo 53, §2º da Constituição Federal de 1988 nestes termos:

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 53, §2º).

Outrossim, após a diplomação de um parlamentar ele não pode ser preso, exceto no caso de prisão em flagrante de crime que não admite o pagamento de quantia em dinheiro para que o congressista possa responder em liberdade. (FERNANDES, 2017, p. 988).

O termo flagrante é uma palavra que vem do latim com a expressão: *flagrare* e tem o significado de queimar, crepitar. Dessa forma, o flagrante é algo que está acontecendo no momento atual e o artigo 302 do Código de Processo Penal defini o termo e o classifica em três modalidades, que são: 1) flagrante próprio: o agente está praticando o ato ou acaba de praticar; 2) flagrante impróprio: logo após praticar o ato, o agente é perseguido e preso; 3) flagrante presumido: logo após ter praticado o ato, o agente é encontrado com algum objeto que faça presumir ser ele o autor da infração. (MARTINS, 2017, p. 1374).

Nesta senda, conferimos a explanação do autor acerca da prisão de um parlamentar e a interpretação de flagrância:

2º) Nesse momento, é interessante analisarmos recente caso enfrentado pelo STF, que consubstanciou na prisão do Senador Delcídio do Amaral em 25.11.2015. No caso, o Senador, em conjunto com outros investigados, estavam tentando convencer o ex-diretor Internacional da Petrobrás, Nestor Cerveró (um dos réus na operação “Lava Jato”) a não assinar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal. Em troca de seu silêncio, o Senador (e o banqueiro André Esteves) teriam oferecido o pagamento de uma quantia mensal em dinheiro à família de Nestor Cerveró. Além disso, o Senador teria também prometido fazer lobby junto aos Ministros do STF para que estes concedessem liberdade a Cerveró e, em seguida, com o réu solto, o Senador iria facilitar a fuga de Cerveró para a Espanha (país do qual também tem cidadania). Foram realizadas pelo menos quatro reuniões para tratar sobre a proposta e o plano de fuga. Nestas reuniões participavam, além do Senador, o assessor parlamentar, o advogado de Nestor Cerveró e o seu filho Bernardo Cerveró. Ocorre que Nestor Cerveró já estava decidido a fazer o acordo de colaboração premiada e não confiava na proposta do Senador. Por isso, seu filho gravou as conversas e as propostas que foram feitas e as entregou ao Ministério Público. No entendimento do Ministério Público, o Senador e os outros envolvidos teriam praticado, no mínimo, dois crimes: a) integrar organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013); b) embaraçar investigação envolvendo organização criminosa (art. 2º, § 1º da Lei nº 12.850/2013). (FERNANDES, 2017, p. 988).

O STF entendeu que a conduta do senador configurou-se como crime permanente e, portanto, na condição de flagrância, motivo pelo qual decretou a prisão do congressista. Em relação a necessidade de o crime ser inafiançável, a suprema Corte ressaltou que os crimes praticados pelo senador Delcídio não são, a priori, inafiançáveis, pois não se encontram listados no artigo 323 do Código de Processo Penal.

Nestas palavras, passemos a transcrição do entendimento do autor sobre o momento da prática do crime:

A persecução penal dos parlamentares, portanto, sofrerá tratamento diferenciado, dependendo do momento da prática do crime, da seguinte forma: *Crimes praticados antes da diplomação*: não haverá incidência de qualquer imunidade formal em

relação ao processo, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato; *Crimes praticados após a diplomação*: o parlamentar poderá ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato, sem necessidade de qualquer autorização, porém, a pedido de partido político com representação na Casa Legislativa respectiva, esta poderá sustar o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros. A suspensão da ação penal persistirá enquanto durar o mandato, e acarretará, igualmente, a suspensão da prescrição. (MORAES, 2017, p. 335).

Em vista disso, denota-se que o momento da conduta do crime interfere diretamente na aplicação da imunidade formal, uma vez que o congressista estará protegido somente no caso de já ter sido diplomado. Mesmo assim, a sua proteção não será integral, pois com a promulgação de uma alteração na Constituição, que foi a Emenda Constitucional nº 35 de 2001, houve uma modificação na imunidade, de modo que não é necessária, no presente momento, de uma autorização da Casa legislativa a que pertença o parlamentar para processá-lo.

Passemos ao esclarecimento do doutrinador Gilmar Mendes sobre a possibilidade de sustação do andamento do processo instaurado contra o parlamentar:

A sustação deve-se referir, nos termos do art. 53, § 3º, da CF, a processos abertos por crimes ocorridos depois da diplomação e durante o mandato. A sustação deve ser decidida pelo Plenário da Casa e pela maioria absoluta dos seus membros, por iniciativa de qualquer partido político que tenha representação na Casa. Vale dizer que o próprio réu não pode pedir a sustação à Casa, mas tampouco a iniciativa estará reservada ao partido político a que é filiado. A Casa Legislativa atuará para aferir a viabilidade da denúncia e afastar a perspectiva de perseguição política, suspendendo o efeito criminal em ordem a preservar a liberdade e a autonomia do Legislativo. (MENDES, 2017, p. 824).

Isto posto, o parlamentar pode ter suspenso o andamento da ação penal contra ele. Porém, é necessário que este pedido de sustação seja feito por um partido político, com representação na Casa a que pertencer o congressista, e a votação deve ser por maioria de seus membros. Ademais, a prescrição da ação penal ficará suspensa enquanto durar o mandato do parlamentar.

Diante do exposto, conclui-se que a imunidade, tanto material quanto formal, tem o condão evidente de assegurar que o parlamentar, no exercício do seu mandato, consiga desempenhar o seu trabalho com imparcialidade e sem enfrentar nenhuma forma de perseguição, pois a imunidade é destinada ao cargo e não a pessoa em particular, ou seja, não se configura como um privilégio ou uma prerrogativa para acobertar a impunidade.

2.2 FORO POR PREROGATIVA DE FUNÇÃO E FORO PRIVILEGIADO

O foro por prerrogativa de função destina-se a importância do cargo ou função que a pessoa exerce, de sorte que retira os procedimentos penais dos juízes de primeiro grau, submetendo-os as instâncias superiores o seu respectivo julgamento.

Acentua-se que o foro por prerrogativa de função está previsto no artigo 53, § 1º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 53, §1º).

Desse modo, o foro por prerrogativa de função apregoa que os congressistas somente poderão ser julgados e processados, nas infrações penais comuns, pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrendo uma limitação do exercício jurisdicional (MORAES, 2017, p. 338).

Vejamos o entendimento do STF por meio da explanação do autor:

Os *inquéritos policiais* também devem tramitar perante o STF, sob pena de usurpação de sua competência e o conseqüente cabimento de reclamação. A atividade de supervisão judicial pela Corte deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. Segundo o entendimento do STF, nos casos envolvendo sua competência penal originária, “a Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República”. (NOVELINO, 2014, p. 753).

Por conseguinte, enfatiza-se que o parlamentar, desde a expedição do diploma, não pode ser processado em instância de primeiro grau, pois o membro de mandato eletivo possui foro em razão da função que ele exerce.

É importante frisar que, em regra, a renúncia do congressista ao seu respectivo mandato acarreta o envio do processo para a instância inferior. No entanto, o STF criou uma exceção da seguinte forma: caso a renúncia ocorra após a instrução processual, não ocorrerá a perda de competência do STF, neste sentido decidiu a suprema Corte para evitar abuso do direito por parte do parlamentar.

De igual modo, a competência por prerrogativa de função se estendia aos corrêus, de acordo com a súmula 704 do Supremo. Todavia, em 2014 o STF mudou o seu entendimento com o inquérito nº 3.515/MT, de maneira que a regra passou a ser a separação dos processos e somente ocorrerá a unidade processual quando a conduta dos acusados for de tal forma conexa que o julgamento isolado dos denunciados impeça o seu julgamento. (MARTINS, 2017, p. 1388).

O foro especial por prerrogativa de função, conhecido coloquialmente como foro especial, tem a seguinte definição pelo autor:

O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, é um instituto pelo qual se atribui a tribunais específicos da estrutura judiciária brasileira o poder de processar e julgar determinadas pessoas. Sua razão de ser é a especial posição política ou funcional ocupada por certas autoridades, que lhes vale um tratamento distinto daquele reservado aos demais cidadãos brasileiros. Como aponta Tourinho Filho, “há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada”. (TAVARES FILHO, 2016, p. 2).

Quanto a distinção entre foro por prerrogativa de função e foro privilegiado, divulguemos o entendimento do autor:

(...) imperioso distinguir o necessário foro por prerrogativa de função do imoral, pernicioso, foro privilegiado, sendo certo que, deixa-se desde já consignado, o 2º juridicamente não existe, não possui amparo constitucional, reverberando apenas a tergiversação prática do 1º pelo sua má utilização. No processo penal a competência do juízo pode ser determinada em virtude da função ocupada pelo agente ativo, atribui-se a esta o nome de competência por prerrogativa de função. Assim, denomina-se de competência *ratione personae* quando determinadas pessoas, em razão da alta relevância da função que desempenham, agregam a prerrogativa de serem julgadas por um órgão judicante hierarquicamente superior. Nestes casos, a jurisdição será de competência dos órgãos colegiados e superiores do Judiciário conforme definidos pela Carta Constitucional e Constituições Estaduais. A CRFB atribui a competência originária dos Tribunais de Justiça, STF, STJ, TRF e TRE, respectivamente, nos artigos 96, 102, 105, 108, 121. Qualquer outro dispositivo de legislação ordinária que venha dispor contrário a estas normas-regras constitucionais estará infringindo o princípio do juiz natural. (SARMENTO, 2017, p. 6).

Neste contexto, o correto é utilizar o termo foro por prerrogativa de função, pois o foro privilegiado, além de ser uma expressão popular, demonstra ser uma prerrogativa de cunho pessoal, atendendo diretamente interesses pessoais do jurisdicionado, não a função por ele exercida.

Assim sendo, cumpre evidenciar, inclusive, que depois de encerrado o mandato, o processo deixa de ter seu curso no Supremo Tribunal Federal, ainda que o fato praticado pelo congressista seja atual ao mandato, de maneira que o processo é remetido para a instância inferior, exceto no caso de o julgamento houver iniciado na Suprema Corte brasileira e na condição de concluso para decisão.

2.3 HIPÓTESES LEGAIS DA PRISÃO DE PARLAMENTARES E SEUS EFEITOS NO MANDATO.

A atual Carta política previu a hipótese de prisão do parlamentar no exercício do mandato, que é a situação de flagrante de crime inafiançável, desde a expedição do diploma.

Nesse ínterim, verificamos o entendimento do autor sobre o conceito de diplomação:

A diplomação consiste, portanto, no início do *vinculum iuris* estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público e somente incidirá a imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após sua ocorrência. (MORAES, 2017, p. 335).

Em conformidade com a explicação, o marco inicial para que o parlamentar passe a gozar da imunidade inicia-se com o recebimento da diplomação, pois é a partir desta solenidade que a Constituição Federal começa a proteger o membro de mandato eletivo. Portanto, a proteção não tem início com a posse na Casa parlamentar, que ocorre após a diplomação do congressista.

Passemos a percepção do autor sobre a imunidade formal quanto a hipótese de prisão:

A vedação de prisão do parlamentar, no âmbito penal, refere-se à prisão cautelar (prisão preventiva, prisão temporária) e à prisão em flagrante por crime inafiançável. Uma vez diplomado, o parlamentar não poderá ser preso nas hipóteses mencionadas, independentemente de o ilícito ter ocorrido antes ou depois da diplomação. Além da possibilidade de prisão na hipótese de *flagrante de crime inafiançável*, a jurisprudência do STF tem admitido a prisão decorrente de *condenação penal definitiva*. A imunidade formal não se estende à *prisão de natureza civil* decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar. (NOVELINO, 2014, p. 752).

Nesta conjuntura, o congressista possui a imunidade da prisão temporária, que é a modalidade de prisão utilizada durante as investigações, assim como o parlamentar também possui a imunidade da prisão preventiva, que é o tipo de prisão que pode ser decretada enquanto perdurar as investigações ou no decorrer da ação penal, devendo em ambas as situações estarem preenchidos os requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal. Essas modalidades de prisão, temporária e preventiva, não são definitivas, visto que ainda não ocorreu o trânsito em julgado na ação penal.

Outra hipótese de prisão contra o membro de mandato eletivo é a prisão-pena ou prisão penal decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, conforme apregoa o autor:

Foi o que ocorreu em 2013, contra o deputado federal Natan Donadon. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal declarou o trânsito em julgado de sua condenação penal na Ação Penal 396 e determinou a expedição do mandado de prisão contra o parlamentar, para o início do cumprimento da pena. O deputado foi condenado à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado. (MARTINS, 2017, p. 1378).

Consequentemente, o parlamentar também pode ser preso quando houver uma condenação penal que não caiba mais nenhum tipo de recurso, que é a sentença criminal condenatória transitada em julgado.

O artigo 55 da Constituição Federal de 1988 menciona quais são as hipóteses em que o deputado e senador perderá o mandato e o modo como será feita esta perda de mandato, conforme preconiza o autor:

Nos casos de infringência das incompatibilidades, falta de decoro parlamentar e condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto aberto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (MORAES, 2017, p. 341).

Conforme observa-se, a perda do mandato de um congressista, mesmo que ocorra uma sentença penal condenatória transitada em julgado contra ele, depende da votação da Casa a que pertença o membro de mandato eletivo.

Na Ação Penal nº 470, julgamento do mensalão, o Supremo Tribunal Federal aplicou aos congressistas condenados os efeitos da condenação dispostos no artigo 92 do Código Penal, que prevê no inciso I, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Observou a Corte constitucional que as hipóteses de perda e suspensão de direitos políticos são taxativas, de modo que o Poder Legislativo poderia decretar a perda de mandato do seu membro, deputado federal ou senador, com base na condenação penal transitada em julgado no caso de a condenação não prever a perda de mandato eletivo ou na situação de a sentença ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma com o trânsito em julgado.

Dessa forma, asseverou o STF que competia à Casa a que pertencia o parlamentar meramente declarar o fato extintivo já reconhecido e integrado ao próprio título condenatório. Entretanto, no julgamento da Ação Penal 565 o senador Ivo Cassol foi condenado pelo crime de fraude em licitação, de maneira que o STF mudou o seu entendimento e demonstrou, em seu Acórdão, que a perda do mandato é uma decisão exclusiva da Casa parlamentar, conforme determina o §2º do artigo 55 da atual Constituição Federal. Por fim, o Senado não decretou a perda do mandato do senador Ivo Cassol argumentando que somente o fará após ocorrer o trânsito em julgado. (MARTINS, 2017, p. 1379).

Vejam os votos do Ministro Roberto Barroso, do STF, ao apreciar o mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que submeteu ao

Plenário da Casa deliberação sobre a perda ou não do mandato do deputado federal Natan Donadon, *in verbis*:

A. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado; B. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e física de seu exercício; C. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória; D. Acrescente-se que o tratamento constitucional dado ao tema não é bom e apresenta sequelas institucionais indesejáveis. Todavia, cabe ao Congresso Nacional, por meio de emenda constitucional rever, o sistema vigente. (NOVELINO, 2014, p. 758).

Em face do exposto, observa-se que o entendimento do STF ainda não está pacificado. Porém, o julgado mais recente da suprema Corte brasileira demonstra que o efeito de uma condenação criminal contra um parlamentar em seu mandato dependerá de uma deliberação da Casa Legislativa a que pertencer o congressista, isto é, a perda do mandato não será automática.

3 ANÁLISE DO PROBLEMA DE PESQUISA

O presente trabalho indaga a possibilidade de prisão do parlamentar no exercício do mandato, visto que o congressista possui a imunidade material, que torna inviolável civil e penal os deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos e, bem como, a imunidade formal, que garante a impossibilidade de um parlamentar ser preso, permanecer preso ou sustar o andamento da ação penal, desde que estes crimes praticados pelo membro de mandato eletivo sejam posteriormente a sua diplomação.

Segundo o entendimento do autor, as palavras declamadas fora da Casa Legislativa possuem imunidade relativa e devem guardar conexão com a função de parlamentar, vejamos:

Recentemente, um deputado federal, em entrevista dada a um jornal gaúcho, afirmou que uma deputada federal não “merecia” ser estuprada por ser feia. O Supremo Tribunal Federal entendeu que aquelas palavras, proferidas fora da casa parlamentar, não tinham vínculo com a função parlamentar. Por essa razão, recebeu denúncia e queixa contra o parlamentar. Denúncia pelo crime de incitação ao crime de estupro e queixa pela injúria (por tê-la chamado de “feia”). Decidiu o STF: “o parlamentar é acusado de incitação ao crime de estupro, ao afirmar que não estupraria uma deputada federal porque ela ‘merece’; o emprego do vocábulo ‘merece’, no sentido e contexto presentes no caso *sub judice*, teve por fim conferir a este gravíssimo delito, que é o estupro, o atributo de um prêmio, um favor, uma

benesse à mulher, revelando interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher ‘poderia’ ou ‘mereceria’ ser estuprada. *In casu*, a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo” (Inq. 3.932, rel. Min. Luiz Fux) (MARTINS, 2017, p. 1356).

Desta maneira, a cláusula de inviolabilidade constitucional por palavra, opinião e voto declarada pelo parlamentar necessita estar vinculada com a sua função de congressista, de modo que se um deputado ou senador estiver fora do plenário da Casa Legislativa a que pertencer e proferir sua opinião sem estar assegurado pela imunidade parlamentar, ele poderá ser responsabilizado.

O parágrafo 2º do artigo 53 da Constituição Federal de 1988 prevê uma única possibilidade de prisão do parlamentar, tida como uma exceção, que é a hipótese de flagrante de crime inafiançável desde a expedição do diploma, pois a regra sempre foi que os membros de mandato eletivo não poderiam ser presos ou permanecessem presos em virtude da pronúncia de suas palavras, opiniões e votos, haja vista as imunidades e prerrogativas asseguradas a eles.

Acentua-se que essas garantias institucionais tem o escopo de assegurar a independência do Poder Legislativo e a liberdade necessária para que os membros de mandato eletivo possam desempenhar as suas funções com total isonomia. (NOVELINO, 2014, p. 750).

Desse modo, passemos a descrição de quais são os crimes inafiançáveis previstos no artigo 323 do Código de Processo Penal:

Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
V - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
(BRASIL. Código de Processo Penal, 1941, art. 323, caput).

Deste modo, a norma infraconstitucional, que é o Código de Processo Penal, regulamentou quais são os crimes insuscetíveis de ser concedida a fiança e essas hipótese se estendem aos parlamentares.

Sendo assim, um deputado federal ou um senador pode ser preso, mesmo quando estiver exercendo o seu mandato eletivo, quando estiverem em estado de flagrância e este crime que o parlamentar estiver incorrendo for considerado inafiançável.

Por conseguinte, a prisão somente ocorrerá se preencher dois pressupostos, que são: em flagrante e o crime ser classificado como inafiançável. Qualquer outra modalidade de cárcere (prisão preventiva ou prisão temporária) será considerada desprovida de amparo legal e deve ser imediatamente relaxada pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, a imunidade parlamentar torna o congressista inviolável por suas expressões, tanto na esfera cível quanto na esfera penal, e essa proteção destina-se a fortalecer a separação de poderes e fortalecer a função do Poder Legislativo, que é exercida pelos representantes do povo e dos Estados.

3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A PRISÃO DE PARLAMENTAR

Acerca da possibilidade de prisão do parlamentar condenado em segunda instância, é preciso mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgando as ADCs-Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 entendeu, por maioria, que o artigo 283 do CPP-Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, é constitucional e não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância.

O ministro relator Marco Aurélio, nas duas ações declaratórias de constitucionalidade, foi voto vencido e segundo ele o artigo 283 do CPP se harmoniza com o princípio constitucional da não culpabilidade, de maneira que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado, vejamos um trecho do seu voto referindo-se ao artigo em comento:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender.

(...)

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, presidente, é negativa. (ADC 43, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2016).

Portanto, para o eminente ministro a Magna Carta atual não abre precedentes para controvérsias e possui conteúdo muito claro ao estabelecer que uma pessoa somente poderá ser presa após ocorrer o trânsito em julgado.

O primeiro ministro do STF ao proferir o voto foi o Excelentíssimo senhor Edson Fachin, nestes termos:

Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênias ao eminente Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292-SP, assentou a tese segundo a qual “*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*”.

(...)

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (ADC 43, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2016).

Neste sentido, para o ministro do STF, Edson Fachin, a norma deve ser interpretada de acordo com os outros princípios e dispositivos normativos e não somente de forma gramatical ou isolada, de maneira que é possível a execução provisória da pena proferida em segundo grau, mesmo que passível de recurso, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência previsto na Constituição Federal.

Na revista *Consultor Jurídico*, de 27 de outubro de 2016, foi publicado o artigo: “*Prisão após julgamento de segunda instância vale para parlamentares, fixa STJ*”, com o seguinte trecho:

A prisão após julgamento de segunda instância não tem exceções e, por isso, vale também para parlamentares. É o entendimento da 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça ao rejeitar recurso do deputado Jalser Renier Padilha, presidente da Assembleia Legislativa de Roraima. Os ministros definiram a tese de que a imunidade parlamentar prevista no parágrafo 2º do artigo 53 da Constituição Federal não se aplica em casos de condenação.

(...)

Para todos

Em recurso, a defesa do deputado alegou que tal determinação não atinge os parlamentares, devido à imunidade parlamentar. Para o ministro relator, a interpretação da defesa não procede. “*Não parece razoável estabelecer essa distinção entre os parlamentares e todos os outros brasileiros. A minha interpretação é que a decisão do STF vale para todos*”, argumentou o ministro Nefi Cordeiro durante o julgamento. (Revista *Conjur*, edição 21, 2016, p. 8).

Diante do exposto, fica claro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a imunidade parlamentar não alcança o congressista após ele ter sido condenado em segunda instância, de forma que o parlamentar já pode começar a cumprir a pena, mesmo que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado.

Acentua-se que a imunidade prevista na Constituição de 1988 aplica-se de forma imediata e literal aos parlamentares estaduais e distritais, independentemente da forma como a Constituição Estadual ou Lei Orgânica aborda o tema, não sendo permitido a essas normas organizatórias estabelecerem regimes diversos, tanto que o Supremo Tribunal Federal considerou superada a tese contida no enunciado da súmula 3.

Dessarte, o parlamentar não pode ser preso por uma interpretação judicial extensiva ou analógica da norma constitucional, sob pena de causar uma grave afronta a representatividade no Congresso Nacional e um definhamento na democracia brasileira.

3.2 ANÁLISE LEGISLATIVA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

A imunidade parlamentar originária foi apresentada na atual Constituição Federal com uma conotação diferente do que se encontra atualmente, posto que antes era necessária uma prévia licença da Casa a que pertencia o congressista antes de ser instaurado um processo criminal contra ele. Atualmente, não é mais necessária essa licença para que o membro de mandato eletivo responda criminalmente em juízo.

O artigo 53 da Magna Carta de 1988 compreendia o seguinte texto original, literalmente:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 6º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 7º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 53).

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 35 de 20 de dezembro de 2001 o artigo 53 da atual Constituição Federal foi alterado e passou a conter a seguinte redação:

Art. 1º O art. 53 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 53)

Desse modo, observa-se que houve uma alteração na imunidade formal originária, conforme a exposição da autora:

A redação do texto original consagrou no mencionado artigo 53 §§ 1º, 2º e 3º a dupla imunidade formal: uma em relação à garantia da não-prisão e outra em relação à instauração do processo.

Na primeira hipótese, em caso de ser o parlamentar preso em flagrante delito inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 24 horas, para a Casa Legislativa respectiva a fim de que esta resolvesse, por meio de voto secreto da maioria de seus membros, sobre a prisão e a formação de culpa.

(...)

Assim, os fatos efetivamente ocorridos em que a imunidade formal tornara-se impedimento à ação do Poder Judiciário (exceto em casos de concessão de licença prévia pela Casa Legislativa a que pertença o parlamentar infrator), à indignação e aos reclamos populares propugnaram por reformas na Constituição que limitassem a extensão das referidas imunidades parlamentares.

(...)

Nos casos de crimes praticados por parlamentares depois da diplomação, no que diz respeito ao recebimento da denúncia, após a comunicação oficial do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, ao invés da licença prévia, por iniciativa do partido político a que pertença o envolvido e pela maioria dos votos dos membros da respectiva Casa, poderão sustar o andamento do respectivo processo, até decisão final.

Aprovada a sustação do processo, suspende-se a contagem do prazo prescricional, enquanto durar o mandato. Do exposto, infere-se que a autonomia para decidir sobre os rumos do mandato permaneceu com os próprios parlamentares, embora, se possa dizer também, que não se constitui uma proteção absoluta nem perpétua, ao contrário, é relativa e temporária. (BRITO, 2007, p. 9).

Neste contexto, a imunidade formal foi restringida o seu alcance com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 35, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, não solicitada da Casa Legislativa uma autorização para que seja instaurado um processo criminal contra o congressista, sendo plenamente possível a instauração de um processo criminal contra um parlamentar federal sem a necessidade de um aval do Poder Legislativo.

3.3 PROJETO DE LEI EM ANDAMENTO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS E NO SENADO FEDERAL SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR

Atualmente existem alguns Projetos de Emendas Constitucionais (PEC) tramitando na Câmara dos Deputados que visam modificar, tanto a imunidade material, quanto a imunidade formal previstas no artigo 53 da nossa Constituição Federal de 1988, que serão expostas a seguir:

PEC nº 470/2005

Autor: Anselmo de Jesus Abreu.

Apresentada no dia 19/10/2005.

Situação: Pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de cidadania (CCJC).

Ementa: Dá nova redação ao §§ 1º e 3º do art. 53 da Constituição Federal e a alínea “b”, inciso I, do art. 102. Extingue o benefício do foro privilegiado para deputado federal e senador. (Proposta de Emenda Constitucional nº 470, 2005, autor: Anselmo de Jesus Abreu, apresentada em 19/10/2005).

PEC nº 78/2007

Autor: Paulo Rubem Santiago Ferreira.

Apresentada no dia 04/06/2007.

Situação: Apensada à PEC 470/2005.

Ementa: Altera o § 1º do art. 53 da Constituição Federal. Estabelece que os deputados e senadores serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal a partir da posse e nos casos relacionados com o exercício do mandato. (Proposta de Emenda Constitucional nº 78, 2007, autor: Paulo Rubem Santiago Ferreira, apresentada em 04/06/2007).

PEC nº 119/2007

Autor: Mauro Nazif Rasul.

Apresentada no dia 12/07/2007.

Situação: Apensada à PEC 470/2005.

Ementa: Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal para acabar com a imunidade processual. Acaba com a imunidade processual civil e penal dos deputados e senadores, resguardando, porém, a inviolabilidade por opinião, palavra e voto. (Proposta de Emenda Constitucional nº 119, 2007, autor: Mauro Nazif Rasul, apresentada em 12/07/2007).

PEC nº 174/2007

Autor: José Fernando Aparecido de Oliveira.

Apresentada no dia 17/10/2007.

Situação: Apensada à PEC 119/2007.

Ementa: Revoga os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 53 da Constituição Federal, extinguindo a imunidade parlamentar formal. (Proposta de Emenda Constitucional nº 174, 2007, autor: José Fernando Aparecido de Oliveira, apresentada em 17/10/2007).

PEC nº 484/2010

Autor: Eduardo Francisco Sciarra.

Apresentada no dia 05/05/2010

Situação: Apensada à PEC 119/2007.

Ementa: Dá nova redação ao § 3º do art. 53 da Constituição Federal, revogando os seus §§ 4º e 5º. Revoga a possibilidade de sustação de ação penal no caso de crime comum quando o acusado for deputado ou senador. (Proposta de Emenda Constitucional nº 484, 2010, autor: Eduardo Francisco Sciarra, apresentada em 05/05/2010).

(...)

PEC nº 261/2016

Autor: João Carlos Bacelar Batista.

Apresentada no dia 22/08/2016.

Situação: Apensada à PEC 312/2013.

Ementa: Altera a redação dos artigos 53, 96 102, 105 e 108, e revoga dispositivos da Constituição Federal, para limitar as hipóteses de foro especial por prerrogativa de função e prever a criação de vara especializada da Justiça Federal para julgar, originariamente, as infrações penais que específica. (Proposta de Emenda Constitucional nº 261, 2016, autor: João Carlos Bacelar Batista, apresentada em 22/08/2016).

Igualmente, acentua-se que existe em tramitação no Senado Federal a PEC – Proposta de Emenda Constitucional nº 10 de 2013 que propõe a extinção do foro especial por prerrogativa de função de autoridades como: deputados, senadores, ministros, governadores, desembargadores, embaixadores, ministros de tribunais superiores, dentre outros. Essa PEC, que foi apresentada pelo Senador Álvaro Dias, foi aprovada, recentemente, no Senado e agora segue para a Câmara dos Deputados, onde deverá passar por dois turnos de votação. (GROBA, 2017, p. 4).

Deste modo, a PEC nº 18 de 2014 no Senado, que do mesmo modo trata do artigo 53 da atual Carta Política, acrescenta a Seção IX ao Capítulo III do Título IV da Constituição Federal para determinar que nos casos de crimes contra a administração pública, de lavagem de bens, direitos ou valores decorrente de crime contra a administração pública e de crimes hediondos, o autor não fica sujeito ao foro especial por prerrogativa de função, e que lei ordinária poderá limitar as hipóteses de sua aplicação, desse modo a finalidade da proposta de emenda à Constituição é eliminar o foro por prerrogativa de função no caso da prática de determinados crimes.

Diante da explanação, verifica-se que existem vários projetos na Câmara dos Deputados, sendo que o primeiro foi apresentado no ano de 2005 e o mais recente apresentado no ano de 2016. Todos estes projetos de emendas constitucionais têm como objetivo

modificar a imunidade parlamentar. Entretanto, observa-se, também, que estes projetos apresentados não tiveram, até a data presente, um avanço nas Comissões da Casa Legislativa que representa o povo brasileiro, de maneira que os Deputados Federais evidenciam que não têm interesse em legislar sobre este assunto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho aborda a possibilidade de prisão do parlamentar federal quando ele já estiver no exercício do mandato eletivo, trazendo a sua previsão na Constituição Federal de 1988, bem como uma análise jurisprudencial, doutrinária e histórica acerca da imunidade parlamentar.

A princípio, é de se esclarecer que as imunidades parlamentares não foram concebidas com o propósito de gerarem um privilégio ou impunidade para aqueles que exercem um mandato popular. Essas prerrogativas foram instituídas com o propósito de evitar os abusos e perseguições dos demais poderes da República, principalmente em períodos que predominam um Governo antidemocrático. Dessarte, essas prerrogativas foram elaboradas para que o congressista possa exercer a sua função pública com imparcialidade.

Cumprе ressaltar, igualmente, que essas prerrogativas conferidas aos congressistas foram instituídas no Brasil desde a Constituição Política do Império do Brasil em 1824, que foi a primeira Magna Carta do Brasil, e as imunidades parlamentares possuem um histórico que remonta o século XVII, ou seja, anterior a primeira Constituição no Estado brasileiro.

Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, as palavras e manifestações de pensamentos são livres a todos os brasileiros, sendo apenas proibido o anonimato, como prescreve o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, os membros de mandato eletivo, além de possuírem os mesmos direitos dos cidadãos comuns, precisam receber algumas prerrogativas em função do cargo que ocupa, porque eles representam a população que depositou o seu voto de confiança e estão passíveis de sofrerem repressão dos demais detentores do Poder. No entanto, essa proteção deve ser temporária e estar vinculada com o exercício parlamentar, de forma que não ocorram exorbitâncias por parte dos parlamentares e eles não utilizem este instituto da imunidade com a intenção de cometer crimes.

Ressalta-se que, nos dias de hoje, o instituto da imunidade parlamentar está presente na maioria dos Países da América do Sul, América Central e Europa, exceto na República de Honduras, que traz a motivação de que essas prerrogativas criam grupo de pessoas privilegiadas, causando impunidades e ferindo o princípio da igualdade.

Conforme exposto, existem vários Projetos de Emendas Constitucionais (PECs) tramitando, principalmente na Câmara dos Deputados. Estes projetos de reforma constitucional pretendem modificar a imunidade material e formal, sendo que alguns objetivam extinguir estes institutos. Entretanto, o Congresso Nacional não tem demonstrado um interesse perceptível de modificar essas prerrogativas como estão delineadas na nossa atual Constituição Federal, posto que estes projetos de reforma não obtiveram um avanço na sua tramitação legislativa.

Ante o exposto, o §2º do artigo 53 da Constituição Federal de 1988 previu uma hipótese de prisão do parlamentar no exercício do mandato, que é o estado de flagrância e o crime que estiver praticando o congressista ser classificado como inafiançável. Desta feita, estes dois requisitos são cumulativos a fim de que o deputado ou senador seja preso. Essa limitação corrobora com o princípio da separação de poderes consagrado no artigo 2º, caput, da nossa Magna Carta Política.

Outra ocasião que o parlamentar pode ser preso e perder o seu mandato, após ter sido diplomado, é a situação de ter ocorrido, contra ele, uma sentença criminal transitada em julgado, isto é, uma decisão que não é mais passível de recurso.

Conforme exposto, o problema de pesquisa, que é a possibilidade de prisão do parlamentar no exercício do seu mandato pode ser respondido da seguinte forma: é possível que um membro de mandato eletivo seja preso, mesmo após ter sido diplomado, na hipótese de flagrante de crime inafiançável ou na situação de ter ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o congressista pode ser conduzido à prisão para iniciar o cumprimento da pena após ele ter sido condenado na segunda instância, de forma que a imunidade parlamentar foi flexibilizada com este entendimento, pois anteriormente o parlamentar somente poderia ser preso após ter sido transitado em julgado a sentença criminal condenatória. O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, apreciando a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44 entendeu, por maioria, que o parlamentar pode começar a cumprir a pena após ele sofrer condenação em segunda instância.

A metodologia de pesquisa utilizada para a pesquisa do tema foi frutífera no sentido de que pode ser observado o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da imunidade parlamentar, o seu alcance, a sua harmonia com o princípio da isonomia, também previsto na constituição de 1988. Verificamos quais são as hipóteses de prisão de um parlamentar quando ele já estiver no exercício do seu mandato eletivo. Deste modo, a pesquisa foi parcialmente conclusiva, de sorte que confirmou, em parte, a hipótese inicial, visto que o parlamentar também pode ser preso, quando estiver no exercício do seu mandato, após ter sido condenado em segunda instância, independente de trânsito em julgado, conforme o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gabriella Rolemberg. As alterações da emenda constitucional nº 35 e os seus efeitos na imunidade parlamentar. Revista JusNavegandi. Teresina, ano 21, n. 4838, 29 set. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47377/as-alteracoes-da-emenda-constitucional-n-35-2001-e-os-seus-efeitos-na-imunidade-parlamentar>. Acessado em 23/07/2017.

BICALHO, Luis Felipe. O instituto da imunidade parlamentar – considerações históricas e a realidade do estado brasileiro. Boletim jurídico. Uberaba/MG, ano 12, n. 752, 17 mar. 2011. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2262>. Acessado em 23/08/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Resp. 1262099 / RR. Embargante: Jalser Renier Padilha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Autuação: 01/04/2016, Publicação: 28/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional-PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. Atlas, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017.

FRANCESCO, Wagner. Você sabe a diferença entre imunidade parlamentar material e formal?. JusBrasil. Conceição do Coité/BA. Volume único. Ano 2015. Disponível em: <https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/321387731/voce-sabe-a-diferenca-entre-imunidade-parlamentar-material-e-formal>. Acessado em: 02/09/2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo. Revisa dos tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016.

MOURA, Monique Morais de. Uma análise à imunidade parlamentar. Análise à imunidade parlamentar, considerando seus aspectos positivos e negativos na atualidade. Revista JusNavegandi. Ano 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40050/uma-analise-a-imunidade-parlamentar>. Acessado em 03/08/2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Método, 2014.

REIS, Leandro Roberto de Paula. A imunidade parlamentar no direito comparado. JusBrasil. Pouso Alegre/MG, Volume único. Ano 2015. Disponível em: <https://leandroreis.jusbrasil.com.br/artigos/259145299/a-imunidade-parlamentar-no-direito-comparado>. Acessado em 23/08/2017.

SARMENTO, Leonardo. Foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado? Nobres ou plebeus? Limitação ou extinção?. JusBrasil. Rio de Janeiro. Volume único. Ano 2017. Disponível em: <https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/432821373/foro-por-prerrogativa-de-funcao-ou-foro-privilegiado-nobres-e-plebeus-limitacao-ou-extincao>. Acessado em 23/09/2017.

SILVA, Thaís Maia. A imunidade parlamentar no Brasil: conceito, evolução histórica e implicações atuais. JusBrasil. Belo Horizonte/MG, Volume único. Ano 2015. Disponível em: <https://thaismaia17.jusbrasil.com.br/artigos/311975609/a-imunidade-parlamentar-no-brasil-conceito-evolucao-historica-e-implicacoes-atuais>. Acessado em 25/08/2017.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

ALINE FERNANDES DIAS

**A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO
COMO MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA CONTRA A
MULHER**

Brasília
2017



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

ALINE FERNANDES DIAS

**A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO
COMO MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA CONTRA A
MULHER**

Manual de elaboração de monografia jurídica, visando a orientação do discente no sentido de produzir o Trabalho de Conclusão de Curso, no âmbito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIEURO.

Orientador: M.e Heitor Vinícius Bento
Pessoa

Brasília
2017

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Ildenise e Domingos, que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter permitido chegar até aqui, ante as adversidades desta caminhada, nunca me desamparando. Dirijo à Ele minha maior gratidão, pois vem dEle tudo o que sou e o que tenho.

À minha mãe Ildenise, por toda parceria e por ter me acompanhado por toda essa jornada. Obrigada pelo incentivo e pela admiração desse curso que hoje tenho orgulho de concluir. Obrigada por tudo, e saiba que sua história de superação para poder estudar, deixando de fazer magistério para cuidar dos irmãos e terminado a faculdade com quarenta e um anos, me deu força e motivação para que hoje nós comemorássemos essa vitória que não é só minha. Muito obrigada mãe, por tudo.

Ao meu pai Domingos, que mais do que me proporcionou uma boa infância, formou os fundamentos do meu caráter. Obrigada por ser a minha referência de tantas maneiras e estar sempre presente na minha vida de uma forma indispensável.

À Amanda, minha irmã e amiga, que esteve comigo em todos os momentos, inclusive na ida até a faculdade, e agora, compartilha dessa conquista comigo. Obrigada pela paciência com que aturou a mim e minha papelada em seu quarto que foram acumulados durante o curso.

Ao meu esposo Ítalo Marinho, que representa minha segurança em todos os aspectos, meu companheiro incondicional, agradeço por estar sempre ao meu lado, pelo companheirismo, respeito e incentivo, pela paciência e sabedoria.

Ao professor Heitor Vinícius, pelas orientações, correções e sugestões no desenvolvimento deste trabalho para a conclusão do mesmo. O seu incentivo foi primordial. Obrigada pelas palavras!!

Aos professores de Direito do Centro Universitário Euro Americano, pelos ensinamentos jurídicos ao longo do curso e pelo conhecimento por mim obtido a cada dia na sala de aula.

A todos que estiveram direta ou indiretamente, envolvidos durante esta trajetória de curso. Muito obrigada!

“A educação é a base para a construção de uma sociedade mais justa e sem violência doméstica contra a mulher”.

Maria da Penha Maia Fernandes

RESUMO

O referido trabalho trata sobre a Lei nº. 11.340/2006 e 13.104/2015, conhecidas como Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio, respectivamente. Apesar de a Lei Maria da Penha ser considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das melhores no mundo sobre o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, esta ainda não possui mecanismos capazes de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em um sentido amplo, visto que o Estado necessita adotar políticas públicas para com o combate da violência. Os danos causados às vítimas, por muitas vezes são irreparáveis, e o Estado, possui o dever de ampará-las, pois é um dos objetivos das leis tratadas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Feminicídio. Violência Doméstica e Familiar. Efetividade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	3
1.1 PROTEÇÃO CONTRA A MULHER NO BRASIL E NO MUNDO	4
1.2 ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA	6
1.3 ORIGEM DA LEI DO FEMINICÍDIO	10
2 A LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO.....	14
2.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO	14
2.1.1 Âmbito da unidade doméstica	18
2.1.2 Âmbito da Família.....	19
2.1.3 Em qualquer relação íntima de afeto.....	21
2.2 A LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL.....	22
2.3 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.....	25
2.4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	27
3 ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA	28
3.1 A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA	28
3.2 DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	34
3.3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM NÚMEROS	37
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O surgimento da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha veio para que a mulher supere o passado histórico de assimetria de poder em relação ao homem e possa atingir o status de igualdade concreta, não sendo somente na esfera legal. É necessário, para além de uma substancial alteração no modo de pensar e de agir social, construir um aparato jurídico próprio, capaz de neutralizar as diferenças criadas culturalmente. Assim foi criada a Lei Maria da Penha, que veio com a finalidade de coibir com a violência doméstica. Ocorre que, com o passar dos anos, o número de registros de violência doméstica aumentou, o que leva a questionar a eficácia de tal lei, principalmente no que tange sua aplicabilidade.

A legislação brasileira, visando criar mecanismos de defesa, reconhece a Lei Maria da Penha, a define e criminaliza abusos inaceitáveis e brutalidades desumanas praticadas no ambiente doméstico e familiar contra mulheres. Com esta legislação, é possível responsabilizar os agressores e aplicar penalidades severas para intimidar possíveis atos de violência mais agravantes, como o Femicídio, que é uma alteração do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, previsto na Lei 13.104/2015.

A Lei Maria da Penha, está mundialmente reconhecida pela ONU (Organização das Nações Unidas) como uma das três melhores legislações no enfrentamento à violência contra as mulheres. Segundo o Data-Popular, 98% da população está familiarizada com a lei, pois sua formulação e aprovação são resultados de uma luta incansável pelo fim da violência e pela igualdade dos direitos entre homens e mulheres. E é sob essa perspectiva que a Lei Maria da Penha se tornou vitoriosa não apenas para as mulheres do Brasil, mas sim para toda a sociedade, além de ser um exemplo para o mundo. Deve ser considerado o grande aumento no número de denúncias, o que mostra que as mulheres também estão mais cientes de seus direitos.

Vale ressaltar que, com o passar dos anos de atuação da legislação em comento, houve uma transformação na mentalidade dos três poderes e uma mudança na maneira como a sociedade enxerga o problema da violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar e de afeto. Hoje, não restam dúvidas de que o Brasil considera que a violência acima citada não se trata apenas de uma questão doméstica, mas sim de um crime bárbaro que choca toda a sociedade.

As mulheres vítimas de violência de gênero merecem ser ajudadas em reflexão sobre sua situação no mundo e sua subjetividade. Elas precisam compreender o processo da

violência e, a partir dessa consciência tomar a sua decisão em manter o relacionamento abusivo, buscar auxílio para superar o ciclo de violência ou afastar-se definitivamente por si só do agressor. Agora, isso não é uma questão de caráter pessoal, pois qualquer opção deve ser efetivada com a mulher para que ela permaneça com segurança, saúde, integridade psíquica, moral, sexual, patrimonial, dentre outras.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: A aplicação da Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio coíbem a prática da violência contra a mulher? Com base nesse questionamento, a hipótese a ser testada é a demonstração da ineficácia da Lei Maria da Penha e do Feminicídio no que diz respeito ao aumento gradual da violência doméstica, visto que, ainda que haja medidas capazes de proteger a mulher vítima da violência, esta não se encontra totalmente amparada.

Portanto, como objetivo, o presente trabalho visa reconhecer se a criação dessas normas realmente conseguem combater a Violência Doméstica, apresentar posicionamentos dos Tribunais a respeito de sua efetividade e buscar Políticas Públicas para o benefício da vítima, visto que o Brasil nada tem feito para que as mulheres vítimas de violência doméstica possam construir uma nova vida após o crime por elas sofrido, antes mesmo de serem vítimas do feminicídio, ou seja, a morte da mulher em razões de gênero pelo simples fato de ser mulher.

A pesquisa é importante para mim no sentido de descobrir se as legislações que tratam desse problema têm coibido a prática da Violência Doméstica, ou em linguagem popular, se “as respectivas leis funcionam ou não”, isso porque o autor na maioria das vezes é seu companheiro e mantenedor do lar e da família.

A mulher, vítima da violência, por muitas vezes perdoa seu companheiro/agressor, acreditando que o fato ocorrido não acontecerá outra vez, e até tenta representar na Delegacia, ou seja, retirar a queixa, para que não haja a destruição da unidade familiar.

A pesquisa é importante para a ciência, pois a criação das leis serve como forma de proteger as mulheres em situação de violência, punindo os agressores, educando a sociedade e criando meios para assisti-las, em contrapartida, os meios previstos nas legislações estudadas não coíbem de forma total a prática da violência contra a mulher. Para a sociedade a pesquisa é importante para que ela, juntamente com o Estado possam criar mecanismos que realmente vão coibir a violência doméstica e familiar, visto que mesmo com os avanços na legislação

brasileira, a sociedade não conseguiu discernir a necessidade de proteger as mulheres vítimas da violência.

A metodologia utilizada para propositura do presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, qualitativa, mista (dedutiva e indutiva) e exploratória.

Os principais autores para confecção desta pesquisa foram: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Alice Bianchini, Luiz Flávio, Eduardo Henrique Alferes, Eron Veríssimo Gimenes e Priscila Bianchini Alferes.

Dessa forma, pretende-se abordar neste trabalho se a mera aplicação da Lei Maria da Penha e do Femicídio coíbe a prática da violência doméstica e familiar, visto que, ao passar dos anos aumentam os casos de violência, assim, cabe descobrir os motivos que levam ao aumento desse número mesmo com vários mecanismos de proteção às mulheres vítimas da violência doméstica.

1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Violência é um fenômeno encontrado em todos os lugares do mundo, que se refere a utilizar a agressividade intencionalmente e excessivamente para cometer ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico.

Já violência contra a mulher elencada na Lei 11.340/2006 (sancionada em 07 de agosto de 2006, com o objetivo de proteger a mulher vítima da violência doméstica e familiar), trata-se da agressão por ação ou omissão contra a mulher em ambiente doméstico ou familiar causando-lhe sofrimento físico, psicológico, moral, patrimonial ou sexual. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 38)

Neste liame, entende-se que qualquer dano moral, sexual, físico, psicológico e patrimonial causado contra a mulher nos âmbitos previstos na Lei, sendo eles: 1- da unidade doméstica, 2- da família, 3- de qualquer relação íntima de afeto, configura-se violência doméstica e familiar ainda que o autor e a vítima não residam no mesmo lar, independentemente de orientação sexual.

Mas, ao contrário do que se imagina, a preocupação com as mulheres vítimas de violência se iniciou internacionalmente, sendo ratificadas posteriormente pelo Brasil duas Convenções e, sancionada a Lei nº. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha.

1.1 PROTEÇÃO CONTRA A MULHER NO BRASIL E NO MUNDO

A preocupação com as mulheres perdurou por diversos anos internacionalmente, até que finalmente chegou ao Brasil. Com o objetivo de dar um basta na prática de violência contra a mulher, a ONU decidiu criar soluções para que houvesse medidas de conscientização a respeito. Dessa forma, com a preocupação da não violência contra as mulheres, o Brasil ratificou dois dos mais importantes documentos internacionais de proteção à mulher, sendo eles a Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Belém do Pará).

Em 18 de dezembro de 1979 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), através da Resolução nº. 34/180. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 229)

A Convenção, fruto da I Conferência Mundial sobre a Mulher (1975, México), fora criada para diminuição da desigualdade entre homens e mulheres e evitar os abusos, violências e discriminações. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 23)

O Brasil a ratificou em 1984, entrando em vigor no mesmo ano, mas só em 1994 o Governo brasileiro notificou o Secretário Geral das Nações Unidas com a eliminação das reservas feitas no mesmo ano da entrada em vigor, e em 2002 houve sua promulgação. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 121)

Assim, como forma de proteger as mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica e gerar igualdade entre homens e mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi ratificada pelo Brasil.

Tal Convenção determina em seu art. 4º medidas especiais de caráter temporário, acelerando a igualdade entre homens e mulheres sem considerar discriminação; a não utilização das medidas as quais implicam na manutenção de normas desiguais; e cessação de medidas quando os objetivos de igualdade forem alcançados. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 133)

Já em 6 de junho de 1994, foi criada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, mas só em 27 de novembro de 1995 a Convenção fora ratificada pelo Brasil (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 122)

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher fora ratificada pelo Brasil sendo a primeira convenção a tratar de violência de gênero, não o definindo, e possui o intuito de “dar” à mulher o direito da vida sem violência física, moral, patrimonial, sexual e psicológica, e ainda, o direito de ser valorizada pela sociedade em todos os aspectos.

Tal Convenção complementa a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), reconhecendo a violação contra a mulher como uma violação de direitos humanos e às liberdades fundamentais. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 31)

No entanto, as duas convenções surgiram para complementação de uma à outra, restando apenas a criação de uma legislação específica no que diz respeito à violência contra a

mulher para que as vítimas de tal violência fiquem de certa forma, mais protegidas perante a lei.

Após a ratificação dos documentos internacionais acima mencionados, o Brasil trouxe para si a obrigação de comprometer-se a adotar medidas que garantam os direitos das mulheres em suas relações domésticas e familiares, sendo assim, o Estado deve resguardar as vítimas da violência doméstica e familiar de toda forma de negligência, discriminação, exploração, opressão, entre outros. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 16)

Com a adoção da Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará, o Brasil se tornou conivente com a prática da não violência contra a mulher, cabendo-lhe propor medidas para que os direitos das mulheres vítimas sejam alcançados.

Em 28 de junho de 2002, outro avanço ocorreu no que diz respeito à ratificação no Brasil do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, onde possibilitou o oferecimento de denúncias individuais à serem submetidas ao Comitê. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 31)

Nessa toada, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, com vinte e um artigos fora criado como forma de fiscalização dos Estados no que se refere à violência contra a mulher. Entretanto, uma das violências ocorridas no Brasil ganhou repercussão internacional, sendo ele o caso nº 12.051/OEA: Maria da Penha Maia Fernandes, expondo o tardio processo judicial brasileiro ao mundo. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 32)

Ao fiscalizar os estados brasileiros no que tange a violência doméstica, o caso de Maria da Penha chamou a atenção do Comitê e assim, a lei 11.340/2006 fora criada como forma de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

1.2 ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA

Conhecida pelo nome Lei Maria da Penha, a Lei 11.340/06 surgiu como vitória para todas as mulheres que, desde muitos anos lutam pela igualdade de direitos entre homens e mulheres e pelo fim da Violência Doméstica.

O objetivo da criação da lei e sua previsão encontram-se em seu artigo 1º:

Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência Contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, Lei n.º 11.340, 2006, artigo 1º).

Assim, há de se mencionar que o objetivo principal da lei é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, criando meios assistenciais para que essa forma de violência seja coibida. Sendo que sua previsão se encontra na Constituição Federal, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Na década de 1970, como forma de indignação de várias mulheres, estas revelaram para a sociedade os atos violentos praticados no ambiente doméstico, incluindo os abusos, maus-tratos, mutilações e até mesmo homicídios. (Cartilha Lei Maria da Penha pelo fim da violência contra a mulher, 2013, p. 03)

Por derradeiro, entende-se que por décadas as mulheres sofreram pela desigualdade entre elas e os homens, havendo machismo da própria sociedade por entenderem que por ser “sexo frágil”, a mulher deveria permanecer no lar cuidando dos filhos, casa e marido. Por meio de várias conquistas das mulheres, essas vieram ganhando lugar nas faculdades, locais públicos, emprego e etc., o que não acontecia anos atrás. Mas infelizmente a sociedade brasileira não está totalmente acostumada com a realidade do século XXI, onde a mulher trabalha, estuda, dirige, e tem uma vida normal como qualquer outro ser humano sem ser julgada até mesmo por outras mulheres.

Após vários acontecimentos no Brasil envolvendo mulheres em situação de violência (mencionados acima) e outros fatos que serão citados nos próximos capítulos, foi criada a lei 11.340/06 que recebeu o nome de Maria da Penha em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes por ter sido vítima de violência doméstica por diversas vezes, de forma brutal pelo marido Marco Antônio Heredia Viveiros, durante seis anos de seu matrimônio. Em 29 de maio de 1983, seu esposo desferiu-lhe um tiro de espingarda enquanto

dormia, fato esse que a deixou com paraplegia irreversível. A segunda tentativa de homicídio ocorreu enquanto ela tomava banho, utilizando método de eletrocussão e afogamento, que segundo o autor, a descarga elétrica não seria capaz de lhe causar qualquer lesão. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 23)

Maria da Penha foi uma de várias outras mulheres que sofreram e/ou sofrem violência praticada pelo próprio companheiro. Isso porque a sociedade desde muito tempo traz como figura de mulher a submissão por parte do homem, e assim, elas aceitam sofrer violência constantemente acreditando ser o certo a se fazer.

Os atos praticados por Marco Antônio foram premeditados, pois dias antes da agressão ocorrida em 29 de maio de 1983 ele teria tentado convencer Maria da Penha a assinar um seguro de vida, sendo ele o beneficiário e a pedido dele no dia 25/05/1983 Maria da Penha assinou um recibo em branco da venda de seu veículo. (CUNHA; PINTO, 2008, p. 21)

A intenção de Marco Antônio não era outra senão a de matar Maria da Penha para que recebesse o valor da indenização de seu seguro de vida. Assim, os atos praticados por ele foram premeditados, ou seja, ato planejado com antecedência.

Em 31 de outubro de 1986 Marco Antônio foi pronunciado e em 04 de maio de 1991 levado a júri. A defesa apelou informando ter tido nulidade, pois houve falha na elaboração dos quesitos, diante deste ocorrido, houve novo julgamento em 15 de março de 1996, onde ele foi condenado a dez anos e seis meses de prisão. Acontece que após nova apelação do último julgamento e recursos dirigidos aos tribunais superiores, somente em 2002 (dezenove anos após o primeiro crime) ele foi preso, mas, logo foi colocado em regime aberto. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 24)

Na época dos fatos narrados anteriormente, a legislação brasileira não detinha de uma proteção à mulher no que se diz respeito a violência praticada por pessoa que possui vínculo afetivo, nesse caso o próprio marido. Por esse motivo, Marco Antônio não permaneceu preso, respondendo assim pelo crime em regime aberto.

Após os fatos narrados, em agosto de 1998 Maria da Penha fez uma denúncia juntamente com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), que foi encaminhada para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão essa que possui a finalidade de

analisar as petições onde são apresentadas violações aos direitos humanos), alegando que o Brasil ou a República Federativa do Brasil não tomou as medidas necessárias para punir Marco, mesmo após ter feito várias denúncias. Nessa toada, a Comissão entendeu que o Estado prejudicou os direitos de garantia e a proteção judicial de Maria da Penha, previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 25)

Dessa forma, o Brasil foi conivente com a prática dos crimes cometidos por Marco Antônio, visto que não tomou as devidas providências no que diz respeito à integridade física, psicológica e moral de Maria da Penha. Vale ressaltar que a vítima somente procurou as autoridades, pois se sentiu lesada ao ver seu ex-companheiro respondendo em liberdade quando ele tentou matá-la.

Após exaustivas tentativas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para receber resposta do Brasil, o primeiro condenou o segundo em 2001 a criar uma legislação para a violência doméstica. Assim, depois de um longo processo com a formulação de propostas elaboradas por ONGs feministas, a lei foi sancionada. (Cartilha Lei Maria da Penha pelo fim da violência contra a mulher, 2013, p. 03)

Dessa forma, em 2006 a Lei Maria da Penha entrou em vigor com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com quarenta e seis artigos a lei dispõe sobre as formas de violência, as medidas de prevenção à violência e as medidas protetivas de urgência, para que essas, de certa forma coíbam a violência contra a mulher nos âmbitos previstos em lei.

A lei Maria da Penha não se aplica tão somente à violência física, ou seja, conduta causadora de ofensa à integridade física, mas engloba a violência psicológica, que se trata de conduta onde possa causar dano emocional diminuindo a autoestima ou prejudicando o pleno desenvolvimento ou ainda, proferindo ameaças, constrangendo, humilhando, causando-lhe prejuízo à saúde, etc.; moral, conduta que haja Difamação, Injúria ou Calúnia; sexual, entendida como conduta que obrigue a presenciar ou participar de ato libidinoso não desejado, impedimento de utilização de qualquer método contraceptivo, aborto, ou seja, que limite o direito sexual ou de reprodução; e patrimonial, entendida como todo e qualquer ato que subtraia ou destrua objetos, documentos pessoais ou bens. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 32 e 33)

Para que a lei em comento seja aplicada, é necessário que algumas das condutas acima citadas sejam praticadas e ainda, que ocorra nos âmbitos previstos na lei, ou seja, que o agressor possua um vínculo com a vítima, sendo eles: a) Na unidade doméstica, onde o vínculo seja entre pessoas que convivam em ambiente familiar, não importando se elas não possuírem vínculo familiar; b) Na família, onde as pessoas possuam laços parentais naturais ou por afinidade; e c) Em relação íntima de afeto, onde há relacionamento de qualquer natureza.

Há contextos de violência contra a mulher que não foram contemplados pela lei 11.340/06, como na escola ou faculdade, no trabalho, em locais que prestam serviços públicos como em hospitais, delegacias, penitenciárias, etc. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 45)

A legislação somente abarcou os três contextos já previstos neste tópico, deixando de abarcar vários outros como aqueles mencionados no parágrafo acima. É claro que o maior número de violências contra a mulher ocorre em sua própria residência, mas a partir desses dados, infere-se que o assédio contra a mulher ganhou grande força em outros locais, como no trabalho, escola, faculdade, locais públicos, etc. Assim, seria de grande ajuda se a lei Maria da Penha abarcasse os outros contextos de violência contra a mulher.

Anos se passaram após a sanção da Lei Maria da Penha e surgiu a necessidade da criação de uma lei que pudesse tipificar o crime de homicídio contra mulheres, dessa forma foi sancionada a lei 13.104/2015, denominada Lei do Femicídio, que será abordada no próximo tópico com mais profundidade.

1.3 ORIGEM DA LEI DO FEMINICÍDIO

Incluído no rol de homicídios qualificados previsto no artigo 121, § 2º, inciso VI do Código Penal Brasileiro e no rol dos crimes hediondos, o Femicídio foi criado como forma de coibir o homicídio contra a mulher no contexto de violência de gênero, entre outros, pela lei nº 13.104/2015:

Art 1º: O art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940-Código penal, passa a vigorar com a seguinte redação:
Homicídio Simples
Art. 121
Caso de diminuição de pena
§ 1º
Homicídio Qualificado
§ 2º
Femicídio
VI – Contra mulher por razões da condição de sexo feminino:
§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime

envolve:

I– Violência doméstica e familiar;
II– Menosprezo ou descriminalização à condição de mulher.
Aumento de pena

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 até a metade se o crime for praticado:

I– Durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto;

II– Contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência;

III – Na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Art. 2º O art. 1º da Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração :

Art. 1º

I– Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).

(BRASIL, Lei n.º 13.104, 2015).

Como forma de caminhar junto à Lei Maria da Penha foi criada a Lei do Feminicídio, alterando o Código Penal e a Lei de Crimes Hediondos, para que as mulheres vítimas de violência doméstica ficassem mais amparadas pelo estado de certa forma, prevendo no ordenamento jurídico brasileiro o homicídio de mulheres em razão de gênero.

Feminicídio, que significa perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino em razões de gênero, é classificado como um crime hediondo e qualificadora do crime de homicídio desde 2015. O conceito surgiu na década de 1970 (quando Diana Russel, socióloga, pronunciou pela primeira vez a palavra “femicide”, que em português significa femicídio) e faz parte de um processo de várias violências, sendo elas os abusos verbais, morais, patrimoniais, sexuais, físicos, entre outras, as quais resultam em morte. (Instituto Patrícia Galvão, 2017, p. 10)

Acontece que somente depois de anos, em 2000, o conceito de Femicídio se difundiu e ganhou nova formulação, se caracterizando então como Feminicídio.

A lei em comento foi proposta para dar ao Estado a responsabilidade pela ação/omissão da convivência pela persistência da violência doméstica, tratando de um novo tipo penal (Instituto Patrícia Galvão, 2017, p. 11)

Ou seja, a propositura da lei ocorreu para que houvesse a responsabilidade para com o Estado pela persistência da violência, onde se resulta em morte. Exemplo: Uma mulher sofre violência constantemente por parte do companheiro, e denuncia uma delas, o Estado nesse caso torna-se responsável por ela, mas em outra oportunidade o agressor a mata, assim, o Estado foi conivente e possui a responsabilidade pela omissão do fato, já que não tratou o caso como deveria.

Diferente de Femicídio, que significa morte de uma mulher, o Feminicídio, morte de mulher por razões de gênero, é aquele homicídio praticado por homem/mulher nas situações abarcadas na Lei 11.340/06, ou seja, àquelas pessoas que as mulheres vítimas tenham mantido ou mantenham vínculos de qualquer natureza.

A dominação patriarcal, segundo Diana Russel, é o principal motivo que explica a situação de desigualdade onde as mulheres são inferiorizadas e subordinadas pelos homens que desejam controlá-las e possuir posse sobre elas, e assim, são as principais causas da morte dessas mulheres já que de certa forma elas se sentem menosprezadas pelo simples fato de serem mulheres. (GOMES; MENICUCCI, 2016, p. 20)

Vale ressaltar que, com a imposição da dominação patriarcal por parte do homem, a mulher por não ter outro meio de sobrevivência (financeiro, afetivo, etc) acaba aceitando suas imposições para melhor convívio familiar.

A expressão mais grave de violência contra a mulher é o assassinato, motivo pelo qual se tornou a principal bandeira da luta dos movimentos feministas e de mulheres nos anos 1980. Mas, motivados pela dominação patriarcal, os agressores foram beneficiados pelo argumento da “legítima defesa da honra”, ou seja, é a conivência da sociedade e da justiça, que se justifica pelo sentimento em manter o casamento e proteger a família. (GOMES; MENICUCCI, 2016, p. 25)

Na época supramencionada, muitos homens após cometer o chamado FEMINICÍDIO, foram levados à júri e condenados a uma pena mínima por entenderem que houve a “legítima defesa da honra”, como no caso de Doca Street e Ângela Diniz. Confira-se:

Em 30 de dezembro de 1976, na cidade de Búzios, no litoral do Rio de Janeiro, Doca Street assassinou Ângela Diniz, colocando fim a um relacionamento de quatro meses. Ambos pertenciam à elite carioca, fato que aumentou a comoção social em torno do crime. De acordo com depoimentos que foram colhidos à época, Doca era sustentado financeiramente por Ângela e as discussões entre o casal eram frequentes. No dia do crime, após uma dessas discussões, Ângela o teria mandado embora de sua casa. Inconformado, Doca regressou ao local e a matou. Em outubro de 1979 o acusado foi levado a julgamento pelo Tribunal de Júri. A defesa baseou-se no argumento da legítima defesa da honra, fundamentada em uma história, que nunca chegou a ser comprovada, de que ele teria sido ultrajado por Ângela, que teria um relacionamento homossexual. Os jurados acolheram o argumento e Doca foi condenado a uma pena de 2 anos de reclusão, com direito a suspensão condicional da pena. Inconformados, o Ministério Público e o assistente de acusação recorreram da decisão. Contavam com o apoio do movimento de mulheres que realizou protestos e manifestação na frente do Fórum durante julgamento. Em novembro de 1981, Doca Street foi novamente levado a júri. A defesa lançou mão do mesmo argumento da legítima defesa da honra, mas a tese da acusação foi vencedora e Doca Street foi condenado à pena de 15 anos de

reclusão.
(GOMES; MENICUCCI, 2016, p. 25).

Como se pôde observar, o caso acima exposto mostra o quão defasada se encontrava a legislação brasileira, utilizando a tese de “legítima defesa da honra” para defesa dos assassinatos de mulheres pelos próprios companheiros.

Mas, os movimentos de mulheres e feministas denunciaram a convivência da própria sociedade para com a tese da “legítima defesa da honra”, visto que a decisão desses crimes não é dada pelo magistrado, mas sim pela própria sociedade, emanando pelo corpo de jurados presentes no Tribunal do Júri. (GOMES; MENICUCCI, 2016, p. 26)

E assim, no dia 9 de março de 2015, em comemoração do Dia Internacional da Mulher, foi sancionada a lei 13.104/2015 para prever no ordenamento jurídico brasileiro o Femicídio como qualificadora do crime de homicídio e incluído no rol dos crimes hediondos.

2 A LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO

As leis nº. 11.340/2006 e 13.104/2015, Maria da Penha e Feminicídio respectivamente, completam-se uma a outra uma vez que para que o agressor se enquadre em autor da violência doméstica e/ou feminicídio, este deve preencher alguns requisitos.

2.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO

Para que a Lei Maria da Penha e do Feminicídio sejam aplicadas, é necessário cumprimento de alguns requisitos, ou seja, deve-se observar se a violência fora praticada por razões de gênero, o vínculo afetivo entre a vítima e o agressor e ainda, se a violência resultou em morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial.

A Lei Maria da Penha, trata em seu art. 5º que a violência contra a mulher por ela abarcada será somente àquela baseada no gênero (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 31), assim:

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura-se 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. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 5º)

Dessa forma, se a violência contra a mulher não fora praticada no contexto de gênero, não há que se falar em Lei Maria da Penha, pois é característica inerente à lei possuir a violência de gênero, assim, a lei não trata de toda e qualquer violência contra a mulher, mas sim, àquelas praticadas baseadas no gênero.

Mas então o que significa violência de gênero? Para Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, trata-se de uma relação onde o homem possui o poder de dominar a mulher e esta se torna submissa, introduzindo relações violentas entre os sexos pelos papéis impostos a eles ao longo dos anos, utilizando-se do patriarcalismo. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 32)

A violência de gênero, então, pode ser entendida como representação da submissão por parte da mulher em relação ao homem, razão pela qual se parte da origem histórica, a partir da cultura machista consolidada numa sociedade patriarcal. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 20)

Pelo passado histórico da mulher e do homem, a primeira sempre foi vista como figura submissa ao segundo, por ser “frágil” e precisar cuidar de casa, marido e filhos, nessa toada, percebe-se que o homem utiliza da suposta fragilidade da mulher para que então, pratique a violência.

A violência de gênero possui importantes características, segundo Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes, são elas:

- a) Ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher;
 - b) Esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder;
 - c) A violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais;
 - d) A relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia).
- (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 33).

Portanto, para que a violência contra a mulher seja considerada de gênero, é necessário enquadramento nas características acima mencionadas. Assim, é importante mencionar que as vítimas do crime de Femicídio, obedecerão às mesmas regras impostas às vítimas da Lei Maria da Penha, ou seja, para ser caracterizado crime de feminicídio, a vítima deverá ter sido morta por razões de gênero e por agressor onde possua ou tenha possuído vínculo afetivo, como veremos mais adiante.

São cinco as formas de violência de gênero previstas no art. 7º da legislação em comento, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Elas são autoexplicativas, pois na própria lei há a descrição de cada uma delas. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 32)

O rol de violência doméstica contra a mulher não é taxativo, uma vez que no *caput* do art. 7º a expressão “entre outras” é utilizada, assim, há que se falar em outras espécies de violência não mencionadas na lei.

Prevista no art. 7º, I da Lei Maria da Penha, a Violência Física, é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal. (BRASIL, Lei nº 11.340, 2006, art. 7, I)

Assim, a violência física é todo ato que abranja tapas, chutes, empurrões, arremesso de objetos, socos, queimaduras, cortes, entre outras, podendo ou não deixar cicatrizes. Sendo assim são condutas previstas na legislação brasileira, no Código Penal Brasileiro (art. 129) e na Lei das Contravenções Penais, como vias de fato (art. 21). (CUNHA; PINTO, 2011, p. 58)

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha não criou condutas criminosas, ela apenas utilizou as já existentes nas várias legislações, as condutas praticadas contra as mulheres e, as tipificou com penas mais rigorosas, ou seja, no art. 129, Código Penal Brasileiro está previsto o crime de Lesão Corporal, com pena de detenção de três meses a um ano, mas, se praticada contra mulher por questões de gênero nos âmbitos previstos em lei, a pena será de três meses a três anos.

A violência física é a terceira colocada das violências praticadas contra as mulheres no período de 2011 a 2017, com 32% de incidência. (MARQUES, 2017, p. 1)

Prevista no art. 7, II, da Lei Maria da Penha, a Violência Psicológica é aquela:

Entendida como conduta que cause dano emocional, diminuição da autoestima, perturbação do pleno desenvolvimento visando degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, utilizando da ameaça, humilhação, constrangimento, manipulação, perseguição costumaz, chantagem, limitação de direito de ir e vir, ou outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação.

(BRASIL, Lei nº. 11.340, art. 7º, II).

Neste contexto, a violência psicológica abarca todo e qualquer dano emocional que cause à mulher diminuição de sua autoestima, prejuízo de seu desenvolvimento por meio de ameaças, constrangimentos, chantagem, etc.

A violência psicológica é aquela a qual não causa lesões visíveis, mas àquela causadora de cicatrizes emocionais para toda a vida. Dessa forma, o acúmulo da violência psicológica aumenta o nível de distúrbios mentais da vítima, assim como os índices de suicídios. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 45)

Nesta linha de raciocínio, por não haver dano visível como na violência física, as pessoas que se encontram ao redor da vítima não poderão ajudá-la sem ao menos saber o que se passa, momento em que ela continuará sendo violentada psicologicamente e havendo seu acúmulo, o dano psicológico poderá perdurar por muito tempo.

Prevista no art. 7º, III, da Lei Maria da Penha, a Violência Sexual é aquela onde não se enquadra somente a participação de relação sexual não desejada, mas entende-se como qualquer conduta capaz de constranger a presenciá-la, manter ou participar de relação sexual não desejada por meio de intimidação, ameaça, coação ou uso da força, utilizando-se ainda da indução para comercializar ou utilizar sua sexualidade impedito que utilize qualquer meio

contraceptivo, que force ao matrimônio, gravidez, aborto ou à prostituição, limitando ou anulando o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 7º, inciso III)

Desta feita, a violência sexual abarca não só a prática de relação sexual sem a vontade da vítima, mas sim tudo aquilo que a envolve anulando o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, além de prever o matrimônio forçado.

Os termos “direitos sexuais” e “direitos reprodutivos” mencionados no inciso da violência sexual significam respectivamente, a livre escolha da orientação sexual, podendo a pessoa escolher seu parceiro e possuir relações sexuais de forma desagregada do objetivo reprodutivo, e os direitos reprodutivos dizem respeito à livre escolha do número de filhos os quais deseja possuir, independente de casamento, por exemplo. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 53)

Assim, os direitos sexuais e reprodutivos previstos no rol dos crimes presentes na violência sexual, quando anulados pelo agressor, é caracterizado como violência doméstica e familiar contra a mulher

A Violência Patrimonial, prevista no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha, é aquela 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. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 7º, inciso IV)

Encontrada no rol dos artigos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, a violência patrimonial, como explícito em sua nomenclatura, protege o patrimônio da mulher, tanto no que diz respeito à sua retenção, subtração, destruição, etc.

A preocupação com o patrimônio da vítima é baseada na ausência de autonomia que esta se encontra na esfera econômica e financeira, pois sua ausência faz com que ocorra sua submissão. Ao encontrar-se em situação de vulnerabilidade, há a redução ou impedimento de sua capacidade de tomar decisões, alimentando outras formas de dependência, como a psicológica. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 54)

Por haver dependência econômica e financeira por parte da mulher em relação ao homem, muitas delas são humilhadas e, como acima mencionado, elas não possuem capacidade de tomar decisões independentes, permanecendo em situação de vulnerabilidade, ou seja, encontrando-se dependentes do homem.

Encontrada no art. 7º, V, da Lei Maria da Penha, a Violência Moral é aquela conduta em que compreenda o crime de Calúnia, Difamação ou Injúria.

Dessa forma, de acordo com o Decreto-Lei nº. 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro), entende-se por Calúnia, o ato de imputar à vítima prática de determinado fato criminoso falsamente; Difamação, imputar prática de fato ofensivo à reputação da vítima; e Injúria o ato de ofender a dignidade o decoro da vítima.

Como consta no art. 5º da Lei Maria da Penha, a violência de gênero possui âmbitos, ou seja, para que a violência de gênero seja caracterizada, esta deve-se ter incidência em um dos três, sendo eles: doméstico, familiar ou ainda, na relação íntima de afeto. Vejamos:

2.1.1 Âmbito da unidade doméstica

Previsto no art. 5º, I da Lei 11.340/2006, o âmbito da unidade doméstica compreende-se no espaço de convívio onde as pessoas que possuem ou não vínculo familiar.

Dessa forma, a lei não exige que a vítima e o agressor possuam vínculo familiar, uma vez que no próprio inciso menciona as pessoas esporadicamente agregadas, como por exemplo: sobrinhas, enteadas, irmãs unilaterais, entre outras.

Houve grande discussão a respeito da aplicação da lei em relação às empregadas domésticas, mas a doutrina majoritária se posicionou a respeito no sentido de que deve haver a aplicação da lei em relação a elas. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 36).

Nessa toada, as empregadas domésticas entrariam no rol dos “esporadicamente agregados”, visto que a palavra esporadicamente adquire a ideia de relacionamento provisório. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 46).

Ainda que a empregada doméstica não possua vínculo familiar com o agressor, por prestar serviços de maneira contínua, esta se enquadra como agente passivo da Lei Maria da Penha, visto que a empregada doméstica se encontra no seio familiar.

Nesse sentido, existem jurisprudências que corroboram com a doutrina majoritária, acrescentando as empregadas domésticas no rol de mulheres protegidas pela Lei Maria da Penha. Confira-se:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUÍZO DA VARA CRIMINAL E JUÍZO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. APURAÇÃO DE CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA SUPOSTAMENTE PRATICADOS CONTRA EMPREGADA DOMÉSTICA. POSSÍVEL SUJEITO PASSIVO. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. A Lei nº 11.340/2006 cuida de norma de aplicação restrita e, conforme previsto em seu artigo 5º, a situação de violência doméstica pressupõe que a ação ou omissão tenha motivação de gênero, em ambiente doméstico, e seja efetuada contra mulheres "com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas", incluindo-se nesse rol as empregadas domésticas. Sendo este o caso dos autos, uma vez que o denunciado, durante a suposta prática dos delitos, proferiu xingamentos típicos daqueles que desejam diminuir a condição feminina, deve incidir a Lei Maria da Penha. 2. Conflito Negativo de Jurisdição conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado (Juízo do Segundo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF).

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conflito Negativo de Jurisdição. Acórdão n. 983829, 20160020341432CCR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 21 de dezembro de 2016. Câmara Criminal, p. 98-100. 2016)

Por mais que seja o âmbito da unidade doméstica, o fato da empregada doméstica não possuir vínculo familiar com o agressor não é motivo para que haja a sua exclusão do rol de vítimas da Lei Maria da Penha, uma vez que a lei será aplicada quando a violência ocorrer entre pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, em razões de gênero, inclusive as empregadas domésticas. No caso acima exposto, o agressor ainda proferiu xingamentos para diminuir a condição feminina da vítima.

2.1.2 Âmbito da Família

Para que a violência contra a mulher se enquadre no âmbito da família, ela deverá ocorrer entre pessoas as quais possuam vínculo familiar, ou seja, que sejam unidas por laços naturais, afinidade ou vontade expressa.

A palavra *família* vêm do latim *família*, derivado de *famulus* e significa escravo doméstico ou serviçal, que na realidade representa o agregado familiar unido por vínculos de consanguinidade ou alianças. (FERNANDES; MORAES; OLIVEIRA; ZACARIAS, 2013, p. 56).

Dessa forma, a palavra *família* não se restringe apenas àqueles unidos por consanguinidade, mas todos aqueles os quais sejam unidos por meio de alianças como afinidade

ou vontade expressa. Como por exemplo pai, padrasto, marido, primo, enteado, filho adotado, etc.

É exigido pela Lei Maria da Penha que a mulher possua vínculo com o agressor uma vez que se a vítima não pertencer à unidade doméstica e familiar, não há aplicação da lei, já que todos os requisitos devem estar preenchidos. Mas, se a agressão ocorrer fora do ambiente doméstico, em local público por exemplo, pelo companheiro, haverá incidência da lei, pois o âmbito familiar está relacionado ao vínculo com o agressor, não o local onde a violência fora praticada. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 39).

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a lei não exige que a agressão seja praticada no ambiente doméstico, mas que seja praticada por agente vinculado à vítima de alguma forma.

A legislação brasileira, com o passar dos anos sofreu grande inovação no que diz respeito ao conceito de família, incluindo em seu rol as famílias homoafetivas. O artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro prevê a união estável de homem e mulher, ou seja, tanto de casais heterossexuais como homossexuais. Dessa forma, por não haver importância da orientação sexual (prevista no parágrafo único do art. 5º da lei, assim: “As relações pessoais enunciadas nesse art. Independem de orientação sexual”), a Lei Maria da Penha abarca os casais homossexuais de mulheres. Confira-se jurisprudência nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AMEAÇA. INJÚRIA. FATOS PRATICADOS POR COMPANHEIRA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CONTEXTO DE DOMÉSTICO E FAMILIAR DE CONVIVÊNCIA CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Caracteriza-se o contexto de relação doméstica e familiar de convivência para fins da proteção especial da Lei nº 11.340/2006, quando os fatos ocorrem no âmbito de uma relação de afeto existente entre mulheres, na qual está presente situação de vulnerabilidade ou subordinação proveniente do gênero. Compete ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher processar e julgar requerimento de medidas protetivas de urgência e o respectivo inquérito policial e incidentes relacionados aos fatos caracterizadores de qualquer das formas de violência de gênero previstas na Lei Maria da Penha. Recurso em sentido estrito conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. Acórdão n. 983259, 20150510110524RSE. Relator: João Timóteo de Oliveira. Relator Designado: SOUZA E AVILA. Brasília, 29 de novembro de 2016. 2ª TURMA CRIMINAL, p. 89-99. 2016)

O art. 5º, II da lei, traz como denominação de família a comunidade formada por indivíduos com ou sem vínculo familiar, unidos por laços naturais, afinidade ou vontade expressa. Assim, ainda estão incluídos na Lei Maria da Penha os casais homossexuais.

2.1.3 Em qualquer relação íntima de afeto

A lei Maria da Penha em seu terceiro inciso do art. 5º, menciona qualquer relação íntima de afeto, que se baseia em agressor o qual conviva ou tenha convivido com a vítima, independente de coabitação. Ou seja, mesmo que as partes não residam na mesma unidade doméstica ou não possuam vínculo familiar, estas podem ser enquadradas como ofendida e agressor da Lei Maria da Penha, por haver relação íntima de afeto, como namorados ou ex-namorados, amantes, etc.

Houve grande controvérsia no que diz respeito à aplicação da lei para relações de namoro, mas foi apresentado o Projeto de Lei n. 4.367/2008 para consagrar a necessidade de sua aplicação aos casos envolvendo prática de violência doméstica e familiar por namorados ou ex-namorados, e com o objetivo de acrescentar de maneira explícita que deve ser configurado à relação íntima de afeto o namoro, seja ele atual ou mesmo que findo. Em 23/03/2011, o Projeto de Lei foi aprovado e encaminhado ao Senado Federal onde recebeu o nº. 16/2011. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 43).

Existem diversas jurisprudências corroborando como relação íntima de afeto o fato de o agressor e a ofendida terem sido namorados. Note:

PENAL. ARTIGO 129, § 9º, E ARTIGO 150, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 21 DO DECRETO-LEI 3.688/41, TODOS COMBINADOS COM OS ARTIGOS 5º E 7º DA LEI 11.340/2006. PRELIMINARES - REJEITADAS. ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE. DOSIMETRIA - ADEQUAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A relação entre namorados está inserida no âmbito de abrangência da Lei Maria da Penha, porquanto se verifica relação íntima de afeto entre as partes, dispensando, para a sua caracterização, coabitação entre autor e vítima, sobretudo se nasce um filho como fruto da união entre vítima e réu. Nos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar, as declarações da vítima, quando apresentadas de maneira firme e coerente, assumem importante força probatória, restando aptas a comprovar a materialidade e autoria e, por consequência, ensejar decreto condenatório. Improcede o pleito absolutório porquanto o contexto das provas, hígido e suficiente, deixa indubitosa a autoria atribuída ao acusado dos delitos capitulados no artigo 150, caput, do CP, artigo 129, § 9º e artigo 21, do Decreto Lei 3368/41. Fixada a sanção em patamar exacerbado, cumpre a este e. Tribunal fazer o devido ajuste. (1ª Turma Criminal)

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 766529, 20110310116319APR. Relator Des. Romão C. Oliveira. Brasília, 19 de março de 2014. 1º Turma Criminal. p. 216. 2014)

Dessa forma, por meio de não coabitação entre agressor e vítima, mas por haver a relação íntima de afeto, é caracterizada a prática de violência doméstica com base na lei Maria da Penha, visto que no próprio inciso do art. 5º está previsto a independência de coabitação.

Para que a violência seja caracterizada como doméstica, familiar, ou íntima de afeto, não é exigida a presença simultânea ou cumulativa dos requisitos elencados no art. 7º da Lei 11.340/2006, assim, para que haja sua incidência, deve haver uma das espécies de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) combinada com um dos pressupostos previstos no art. 5º do mesmo diploma legal (âmbito doméstico, familiar ou relação íntima de afeto), e além de presente a violência de gênero. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 33).

Nessa linha de raciocínio, para que a violência física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial se enquadre no rol de condutas tipificadas na lei Maria da Penha, a violência deverá ocorrer na unidade doméstica, na família ou ainda na relação íntima de afeto, não deixando de se enquadrar como violência de gênero.

2.2 A LEI MARIA DA PENHA E DO FEMINICÍDIO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

Quando a mulher sofre alguma das espécies de violência doméstica, é necessário suceder-se por um rito processual em específico. Nesse sentido, vale ressaltar que há a fase pré-processual, quando a vítima se dirige à delegacia e assim registra o boletim de ocorrência, e a segunda fase, se dá quando instaurado o Inquérito Policial, este é encaminhado aos Juizados Criminais de Violência Doméstica, e a partir daí as providências judiciais serão tomadas.

O art. 10 da lei Maria da Penha prevê a atuação da Autoridade Policial no sentido de adotar as providências legais cabíveis quando houver a prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, bem como o descumprimento das medidas protetivas, que serão abordadas no próximo capítulo. Dessa forma, o art. 11 do mesmo diploma legal, prevê as medidas adotadas durante o atendimento à mulher, sendo elas: a garantia de proteção policial, comunicação ao Ministério Público e Poder Judiciário, encaminhamento ao hospital, posto de saúde ou Instituto Médico Legal (IML), fornecimento de transporte para a vítima e seus dependentes para abrigo ou local seguro, havendo risco de vida, e ainda, informá-la sobre seus direitos presentes na legislação. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 10 e 11)

Ao tomar a iniciativa de procurar uma delegacia, seja ela comum ou especializada em violência contra a mulher, a ofendida será atendida por policiais que irão registrar o boletim de ocorrência e tomar as iniciativas cabíveis como as descritas acima, para o seu bem-estar social e sua proteção, afim de evitar contato com o agressor posteriormente.

Em 08 de novembro de 2017, a lei 13.505/2017 foi sancionada para dispor que é direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ter atendimento policial e pericial especializado, prestado preferencialmente por servidores do sexo feminino. A lei ainda, acrescenta na lei nº 11.340/2006 os artigos 10-A, 12-A e 12-B, que fora vetado. (BRASIL, lei nº 13.505, 2017, artigos 1º e 2º)

Após o registro do boletim de ocorrência, a autoridade policial adotará de imediato os procedimentos descritos na lei, sem prejuízo dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, sendo eles:

- I- Ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
 - II- Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
 - III- Remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
 - IV- Determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
 - V- Ouvir o agressor e as testemunhas;
 - VI- Ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos a sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
 - VII- Remeter no prazo legal, os autos do Inquérito Policial ao juiz e ao Ministério Público.
- (BRASIL, Lei nº 11.340, 2006, art. 12)

A autoridade policial tomará todas as providências descritas no art. 12 da lei para que então seja remetido ao juiz e ao Ministério Público o Inquérito Policial contendo o boletim de ocorrência, o termo de representação da ofendida, o pedido de medidas protetivas de urgência, o exame de corpo de delito, e o termo de representação do agressor juntamente com sua folha de antecedentes criminais.

Além dos procedimentos já mencionados, mediante representação da autoridade policial, caberá a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 210)

Infere-se que a autoridade policial poderá ainda, mediante representação, requerer a prisão preventiva do agressor, seja ela em qualquer fase processual mesmo sem que o Juiz a conceda de ofício.

Após todo procedimento feito na Delegacia de Polícia, instaurado o Inquérito Policial, este será encaminhado para o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, mas qual a finalidade da criação de um juizado específico? A Lei Maria da Penha, em seu art. 14 prevê que poderão ser criados pela União no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, o Juizado em comento para processo, julgamento e execução de causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 14)

Com a finalidade de processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foram um avanço, pois em um só Juizado seriam julgados somente os casos de violência doméstica e familiar, o que geraria celeridade no processo.

A lei ainda menciona o direito de renúncia, que significa abrir mão de um direito não exercido, não devendo ser confundido com a retratação, que significa voltar atrás ou arrepender-se. Dessa forma, caberá retratação da ofendida em audiência perante o Juiz, visto que a representação já fora oferecida, assim, não caberá renúncia, já que ela se refere à direito não exercido e se houve audiência, deve-se falar em retratação. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 56)

Há um tratamento diferenciado entre a competência dos crimes previstos no art. 7º da Lei Maria da Penha e do crime de Femicídio, visto que o primeiro terá competência na Justiça Comum e o segundo, como envolve homicídio consumado ou tentado, terá competência no Tribunal do Júri, conforme o art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal a qual prevê que será reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a competência para julgamento os crimes dolosos contra a vida.

E nos casos de homicídio contra a mulher no contexto doméstico, familiar ou na relação íntima de afeto, seu julgamento competirá ao Tribunal do Júri ou ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher?

Há uma grande divergência doutrinária a respeito da competência para julgamento do Femicídio, pois existem os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o Tribunal do Júri.

Será competente para julgamento o Juiz da vara do Tribunal do Júri, a quem é cabível a condução de todo procedimento desde o recebimento da queixa-crime até o julgamento em plenário. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 97)

Será de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, quando nada dispuserem na lei de organização judiciária, proferir a decisão de pronúncia e, após a preclusão da decisão, encaminhar os autos do processo ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, conforme art. 421 do Código de Processo Penal. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 224)

O Juizado se encontra mais preparado para lidar com situações de violência contra a mulher, onde este proferirá a decisão de pronúncia e em seguida, o processo será encaminhado para o Tribunal do Júri, onde o agressor será julgado pelos jurados.

Com a finalidade de proteção da mulher, foram incluídas na lei Maria da Penha as medidas protetivas de urgência, que de certa forma coíbem a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.3 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência têm a finalidade de coibir a violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou nas relações íntimas de afeto, mas, são concedidas pelo magistrado após o primeiro registro de violência.

Previstas no art. 18 da Lei Maria da Penha, o pedido para concessão das medidas protetivas será recebido pelo juiz e em até quarenta e oito horas, caberá a ele decidir sobre as medidas protetivas, determinar o encaminhamento da vítima ao órgão de assistência judiciária e comunicar o Ministério Público para que as providências cabíveis sejam adotadas. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 18)

Nessa toada, será de entendimento do magistrado conceder ou não as medidas protetivas de urgência em até quarenta e oito horas, pois ele analisará todo o contexto e seu pedido. Caberá a ele ainda, encaminhar a vítima para assistência e comunicar o Ministério Público.

Concedidas de ofício pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, as medidas protetivas de urgência se mostram necessárias para que haja a eficácia do processo e a proteção da vítima. Sua concessão poderá se dar a qualquer momento, independentemente se fora solicitada e/ou concedida na fase de investigação ou na fase processual. Sua solicitação, na fase de investigação, é feita pela ofendida, mas, é realizada pela Autoridade Policial. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 60)

A mulher, vítima de violência doméstica, quando se dirigir à Delegacia de Polícia para registrar a violência por ela sofrida, manifestará ou não o desejo da concessão das medidas protetivas, e esta manifestação será encaminhada para o juiz pelo delegado de polícia. As medidas protetivas também poderão ser concedidas pelo Juiz ou a requerimento do Ministério Público.

As medidas protetivas de urgência serão concedidas imediatamente, independente de audiência e manifestação do Ministério Público, mas ele deverá ser comunicado de imediato, consequência da urgência prevista em sua nomenclatura. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 61)

Dessa forma, como as medidas protetivas são nomeadas como “de urgência”, estas deverão ser concedidas de imediato pelo Juiz ainda que não possua audiência e sua concessão deverá ser comunicada ao Ministério Público.

As medidas protetivas possuem características principais, e segundo Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes, são elas:

- Caráter primordial de urgência, sendo que o juiz deverá decidir sobre o pedido de medidas protetivas no prazo de 48 horas, art. 18;
 - Podem ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, art. 19;
 - Podem ser decretadas de ofício pelo juiz, art. 20;
 - Não há necessidade de audiência das partes, nem de manifestação prévia do Ministério Público para concessão da medida, art. 19, § 1º;
 - Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, art. 19, § 2º;
 - A substituição de uma medida protetiva por outra (mais ou menos drástica) pode se dar a qualquer tempo, desde que garantida sua ineficácia, art. 19, § 2º;
 - Dividem-se em duas espécies: (a) as que obrigam o agressor, art. 22; e (b) aquelas dirigidas à proteção da vítima e seus dependentes, arts. 23 e 24.
- (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 180).

A sua substituição se dará após as inicialmente decretadas, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da vítima, e sua aplicação poderá ocorrer isolada ou cumulativa, ou seja, havendo substituição por outras medidas de melhor eficácia ou decretação de novas medidas. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 61)

As medidas protetivas, quando já decretadas, poderão ser modificadas por requerimento do Ministério Público ou quando a ofendida solicitar. Elas se subdividem, como previsto na lei, em Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor e Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida, que serão abordadas com precisão no próximo capítulo.

2.4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Prevista no rol dos artigos da Lei Maria da Penha, a Atuação do Ministério Público possui um capítulo reservado. A atuação da Polícia juntamente com o Ministério Público depende uma da outra, visto que ao finalizar as medidas previstas no art. 12 da lei, encaminhando os autos para o magistrado, este remeterá ao Ministério Público para medidas cabíveis. O papel das duas entidades é proteger a mulher vítima de violência doméstica utilizando diversos meios para tal finalidade.

Sua atuação no âmbito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é obrigatória, tanto na esfera cível (em causas de guarda dos filhos, divórcio, etc) quanto na esfera criminal, visto que na grande parte dos casos de violência doméstica contra a mulher a ação penal é pública e o Ministério Público é o titular da ação. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 81)

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Ministério Público deverá intervir mediante denúncia obrigatoriamente, assim como deverá intervir na esfera cível. E, por ser ação penal pública, o Ministério Público é o titular da ação.

O Ministério Público deverá, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, adotar as seguintes providências:

- I – Requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;
- II – Fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;
- III – Cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 26)

No sentido de proteção à mulher, o Ministério Público age em consonância com a Polícia, visto que a segunda possui a incumbência de fiscalização e ainda, o cadastramento dos casos de violência doméstica e familiar, quando se diz respeito ao registro da ocorrência policial.

3 ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA

O presente trabalho possui o objetivo de, por meio de números, gráficos e tabelas, comparar se após o advento da Lei Maria da Penha e do Femicídio os índices de violência doméstica e familiar aumentaram ou simplesmente caíram no decorrer dos anos, visto que as leis em comento possuem a finalidade de coibir a violência doméstica e familiar.

3.1 A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas são divididas em duas espécies, sendo elas, que obrigam o agressor e as medidas à ofendida. As duas espécies são formas de proteção da mulher e juntas garantem a coibição da violência doméstica e familiar. Antes, é necessário conhecer cada uma delas.

As medidas protetivas de urgência são àquelas que se mostram necessárias para a eficácia do processo. Visto que, é comum a ocorrência dos fatos em que essas providências urgentes se tornam imperiosas. (LIMA, 2015, apud E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 59)

São necessárias as medidas protetivas de urgência, pois se não as fizer, a probabilidade de que os fatos que ocorreram em primeiro momento ocorram novamente, visto que o agressor e a vítima continuam residindo sobre a mesma residência. Dessa forma, foram

criadas as medidas à ofendida e as medidas que obrigam o agressor, que serão apresentadas a seguir.

As medidas protetivas de urgência à ofendida não possuem natureza criminal, podendo ou não serem cumuladas, dependendo da complexidade do caso concreto. Essas medidas possuem a finalidade de proteger a vítima da violência doméstica e familiar física, psicologicamente. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 187)

Com o objetivo de proteção da mulher vítima da violência prevista na Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência à ofendida poderão ser cumuladas com outras medidas, a depender do histórico da violência.

São medidas protetivas de urgência à ofendida, dentre outras:

Encaminhamento a programa de proteção ou de atendimento, que consiste no encaminhamento da vítima aos centros de atendimento integral e multidisciplinar, e ainda, às casas-abrigos, conforme art. 35, inciso I e II da Lei. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 137)

Recondução ao domicílio após o afastamento do agressor, que poderá ser requerida no momento do registro do boletim de ocorrência, devendo ser encaminhado pela Delegacia de Polícia ao Juízo competente no prazo de quarenta e oito horas. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 188)

Afastamento da ofendida do lar, que será requerida na esfera cível pela propositura de medida cautelar de afastamento temporário, assim como, por meio da autoridade policial. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 189)

Separação de corpos, disciplinada pelo Código Civil, em seu art. 1.562. A separação de corpos poderá ser requerida pela vítima no momento do registro do Boletim de Ocorrência pela autoridade policial. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 189)

Neste liame, a mulher vítima de violência doméstica será protegida por meio das medidas protetivas de urgência à ofendida e ainda, pelas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, a segunda, serão medidas protetivas que o agressor deve obedecer.

Para elaboração das medidas protetivas que obrigam o agressor, foi levado em conta as atitudes comumente praticadas pelo autor de violência doméstica e familiar, as quais

paralisam ou dificultam a atuação da vítima diante da forma em que lhe é apresentada a violência. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 182)

Por derradeiro, para que as medidas protetivas que obrigam o agressor fossem elaboradas, as atitudes costumeiras praticadas pelo autor foram observadas, sendo aquelas que detêm a vítima de alguma forma.

São várias as medidas protetivas que obrigam o agressor, sendo elas: afastamento do lar, proibição de aproximação, proibição de contato, proibição de frequentar determinados lugares, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos provisionais ou provisórios, e suspensão da posse ou restrição do porte de armas. (BRASIL, Lei nº. 11.340, 2006, art. 22)

Dessa forma, as medidas protetivas que obrigam o agressor são àquelas que determinam ações a serem praticadas pelo autor a fim de proteger e a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

O afastamento do agressor do lar, como medida protetiva, tem a finalidade de proteger a saúde física e psicológica da ofendida, pois é uma forma de diminuir o risco iminente de novas agressões. Nesse caso, o patrimônio da mulher também é protegido, visto que os objetos que se encontram na residência não poderão ser subtraídos ou destruídos pelo autor das agressões. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 183)

A medida consistente no afastamento do lar, além da preservação da saúde física e psicológica da mulher, é uma forma de preservar seu patrimônio, uma vez que os bens que se encontram no interior da residência também pertencem à mulher, e afastando o agressor do lar é uma forma de evitar que haja a destruição ou subtração dos bens.

A eficácia da medida não será alcançada em todo seu potencial se não forem instalados e equipados plantões dos Juizados Especiais, pois trata-se de uma medida de caráter de urgência e ainda, depende de determinação judicial. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 184)

Nesse liame, para que haja a eficácia da medida de afastamento do agressor do lar, vários fatores devem ser implantados, como a instalação de plantões dos Juizados Especiais a fim de determinar tal medida e a fiscalização do agressor, ou seja, o autor deve ser fiscalizado no sentido do não descumprimento da medida.

A proibição de aproximação, como medida protetiva, envolve a ofendida, seus familiares e as testemunhas, sua finalidade é preservar a saúde física e psíquica da mulher vítima da violência. Nessa medida, o juiz poderá fixar mínimo de distância a ser mantida. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 184)

Quando a medida de proibição de aproximação for a mais adequada a ser proposta pelo juiz, este fixará distância mínima para com o agressor e a vítima da violência doméstica e familiar, seus familiares e as testemunhas das agressões. Com o intuito de resguardar a saúde física e psíquica da vítima, a proibição de aproximação preserva a mulher para que esta não sofra outras agressões.

Outra medida protetiva é a proibição de contato, sendo ele físico, por ligação telefônica, mensagem de texto, etc. Da mesma forma que a proibição de aproximação, a proibição de contato tem como finalidade resguardar a integridade psíquica da mulher vítima da violência, de seus familiares e testemunhas da causa. Afim de evitar perseguições às vítimas, a proibição de contato preserva a colheita de provas no processo. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 184)

Nesse sentido, a proibição de contato não abrange tão somente o contato físico do agressor com a ofendida, seus familiares ou as testemunhas, abrange também ligações telefônicas, mensagens de texto, entre outras ações. Como finalidade de resguardar a vítima da violência psicológica, a proibição de contato possui o objetivo de evitar que o agressor, de alguma forma, prejudique a colheita de provas.

A quarta medida protetiva de urgência, sendo ela a proibição de frequentar determinados lugares, refere-se à proibir que o agressor frequente locais comuns à mulher vítima de violência doméstica e familiar, para que constrangimentos, humilhações, entre outros, sejam evitados. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 185)

Tal medida possui a finalidade de proteger a saúde física e psíquica da mulher, proibindo que o agressor frequente determinados lugares. Assim, a medida deverá ser tomada claramente, descrevendo os locais onde o agressor não poderá frequentar. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 76)

Como todas as medidas protetivas mencionadas até o presente momento, a proibição de frequentar determinados lugares tem como objetivo principal a proteção da mulher

em sua integridade física e psicológica. Diante disso, ao proferir decisão, o juiz deverá esclarecer os locais onde o autor não poderá frequentar.

Uma questão bastante discutida é a respeito da fiscalização do cumprimento das medidas que preveem a afastamento do agressor. Ou seja, como verificar se o autor está cumprindo com as medidas protetivas de afastamento? Seja deixando de frequentar os lugares determinados pelo juiz, ou ainda, mantendo o limite mínimo de distância. Nesse sentido não há previsão na legislação brasileira, mas, as leis nº 12.403/2011 e 12.258/2010 preveem a utilização de monitoramento eletrônico como medida cautelar para controle de condenados, e alguns autores acreditam nessa possibilidade para fiscalização das medidas protetivas já mencionadas. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 193)

Em muitos casos, por não haver fiscalização do agressor, este viola as medidas protetivas de urgência decretadas e assim, de nada adianta a medida protetiva sem fiscalização. Alguns autores acreditam na possibilidade da fiscalização por meio de monitoramento eletrônico, como mencionam as leis nº 12.258/2010 e 12.403/2011.

A medida referente à restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores se dá quando há a necessidade de proibir a frequência de espaços de convivência dos filhos, devendo as duas medidas serem acompanhadas uma da outra. O inciso menciona a oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, mas, se houver risco à integridade da mulher ou de seus dependentes, não é necessária a adoção de tal medida anteriormente à concessão da medida protetiva. Dessa forma, o juiz não ficará vinculado ao parecer técnico. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 185)

Nessa toada, para que haja a restrição ou suspensão das visitas dos dependentes menores do casal, é necessária a adoção da medida de proibição de frequentar locais comuns a eles, visto que uma medida completa a outra. Assim, a equipe de atendimento multidisciplinar ou o serviço similar deve ser ouvida, mas se a mulher vítima ou seus dependentes estiverem correndo riscos, tal medida não será necessária para a adoção da medida protetiva de urgência.

A medida de prestar alimentos provisionais ou provisórios, conforme entendimento da doutrina, podem ser a favor da ofendida ou de seus dependentes. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 76)

Assim, além da prestação de alimentos provisionais ou provisórios à mulher vítima de violência doméstica e familiar pelo agressor, a prestação também abrangerá seus dependentes.

Outra medida protetiva de urgência que obriga o agressor é a suspensão da posse ou restrição do porte de armas. Tal medida visa prevenir um dano maior à mulher vítima de violência doméstica e familiar, visto que o juiz poderá determinar a suspensão da posse ou restrição do porte de armas ao agressor da violência doméstica e familiar que possua arma de fogo registrada pelo Sistema Nacional de Armas (SINARM). (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 74)

Nessa linha de raciocínio, infere-se que a suspensão ou restrição da arma de fogo ocorrerá quando praticados os crimes de violência previstos na Lei Maria da Penha e o agressor possuir registro de arma de fogo no SINARM. Afim de evitar que ocorra o feminicídio, a suspensão/restrrição será determinada pelo juiz após o primeiro registro da violência.

Ainda que editada uma lei específica para a violência doméstica e familiar contra a mulher, com várias medidas protetivas, atuação de diversos órgãos para intervenção, entre outras medidas de proteção e preservação, a violência contra a mulher não tem sido coibida com a mera aplicação das leis.

Segundo o Relógio da Violência, a cada 2 segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal; a cada 2,6 segundos uma mulher é vítima de ofensa verbal; a cada 6,3 segundos uma mulher é vítima de ameaça de violência; a cada 7,2 segundos uma mulher é vítima de violência física; a cada 2 minutos uma mulher é vítima de arma de fogo; e a cada 22,5 segundos uma mulher é vítima de espancamento ou tentativa de estrangulamento. (Informação extraída de Relógio da Violência em parceria com o Instituto Maria da Penha, em sítio eletrônico)

Guilherme Nucci ressalta sua crítica a respeito da criação da Lei nº 11.340/2006. Confira-se:

A Constituição Federal já fez o seu papel, igualando os brasileiros perante a lei, e os homens e mulheres em direitos e obrigações. [...] O mais, inserido no art. 2º da Lei nº 11.340/2006, é pura demagogia, pretendendo solucionar problemas de ordem basicamente social com a edição de leis e mais leis, que, na prática, não saem do papel, jamais atingindo a realidade. [...]
(NUCCI, 2014, p. 1.41)

Dessa forma, há de se ressaltar que o aumento da violência não se baseia na não aplicação da lei, mas em um problema social que, como mencionado no início do presente trabalho, perdura por muitos anos antes da sanção da Lei Maria da Penha. E, ainda que haja medidas de proteção à mulher nas legislações brasileiras, políticas públicas devem ser implantadas.

Existem diversas outras medidas protetivas que podem ser aplicadas à mulher em situação de violência doméstica e familiar que não estão previstas na lei 11.340/2006, como àquelas previstas no Estatuto do Idoso e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2 DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Para que a violência doméstica e familiar seja coibida, são necessárias medidas de prevenção da violência, a punição do agressor e medidas de proteção da mulher vítima da violência doméstica.

Prevista no art. 8 da Lei Maria da Penha, com intuito de impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, as medidas integradas de prevenção serão realizadas a partir de um conjunto de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ainda, de ações não governamentais. (BRASIL, lei nº 11.340, 2006, art. 8)

Dessa forma, os entes federativos, com medidas integradas de prevenção, coibirão a violência doméstica e familiar contra a mulher, utilizando-se de diretrizes presentes do rol do art. 8º. Sendo elas:

A integração dos órgãos públicos no sentido de se agregar com outros órgãos, tais como: o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Visto que uma das razões pelas quais não há o completo combate à criminalidade é a falta de integração entre os diversos órgãos do Brasil. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 64)

Nessa toada, para que haja o combate à violência doméstica e familiar e diversos outros crimes que ocorrem no Brasil, é necessária a integração do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, juntamente com as áreas de segurança pública, assistência social, educação, entre outras.

A promoção de estudos e pesquisas se referem às consultas realizadas para o levantamento de discussões acerca da violência doméstica e familiar, visto que sem os estudos e/ou pesquisas, não seria possível propor intervenções e políticas sobre essa forma de violência. Desta feita, após a realização das estatísticas, elas serão incluídas na base de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 88)

Os estudos e pesquisas são importantes para que as providências sejam tomadas, ou seja, sem os números referentes à violência doméstica e familiar por exemplo, nada poderia ser feito, já que para a criação da lei, seriam necessárias as estatísticas de violência, e ainda, as medidas pelas quais a violência poderá ser coibida.

Nos meios de comunicação social, procura-se impedir que jornais, revistas, internet, televisão, entre outros, mostrem mulheres inferiorizadas, submissas, descontrole emocional, etc, e ainda, homens superiores em contraste com as mulheres. Nesse entendimento, a Constituição Federal, em seu art. 221, VI, determina que a programação de televisão e rádio respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 67)

Nessa toada, fica impedido de, nas programações de televisão, rádio, entre outras, apresentar mulheres submissas à homens, visto que mídia influencia a sociedade de certa forma, e assim, deve-se respeitar os valores da pessoa e da família.

Com a implementação de atendimento policial especializado, foram criadas delegacias especializadas na prevenção e coibição da violência doméstica e familiar, chamadas de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM's). (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 36)

Segundo dados do IBGE, das 5.565 cidades brasileiras, apenas 395 delas possuem DEAM's. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 90)

Dessa forma, a implementação de atendimento policial especializado depende ainda mais da política dos Estados do que de demanda, uma vez que o número de ocorrências policiais de violência doméstica e familiar é enorme, mas, a estrutura das DEAM's não segue com o número de ocorrências. (E. ALFERES; P. ALFERES; GIMENES, 2016, p. 38)

É fato que as delegacias especializadas foram criadas, mas o número de DEAM's e a estrutura das existentes, não acompanham o crescente número de ocorrências policiais da natureza de violência doméstica e familiar contra a mulher. Mencionado anteriormente,

conforme lei nº 13.505/2017, foi determinado que o atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, deverá ser feito por policiais do sexo feminino, fato esse que diminui o constrangimento da mulher a qual terá que narrar os fatos por ela sofridos.

As campanhas educativas estão mencionadas de forma indireta no art. 8º da Convenção de Belém do Pará, a qual prevê fomentar e apoiar os programas de educação governamentais para conscientizar o público sobre os problemas referentes à violência contra a mulher. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 69)

A fim de que as mulheres estejam integradas à sociedade, são necessários programas de educação, visto que a sociedade ainda possui características da cultura machista, e com a conscientização dos problemas gerados pela violência doméstica e familiar contra a mulher, esse fator poderá ser mudado, incluindo-as na sociedade com o emprego de profissões, etc.

Os convênios e parcerias, como o próprio inciso menciona, ocorrerão entre os órgãos governamentais e entidades não governamentais com o objetivo de implementar programas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, lei nº. 11.340, 2006, art. 8º, VI)

A capacitação dos profissionais da Polícia Civil e Militar, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiros, Poder Judiciário, Ministério Público e a Defensoria Pública, é uma maneira de proporcionar à eles a sensibilidade sobre o que vão tratar antes, durante e depois da violência contra a mulher, podendo então, agir para que a violência não ocorra ou não perdure. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 95)

Dessa forma, os servidores da Polícia Civil e Militar, Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros, Poder Judiciário, Ministério Público e da Defensoria Pública serão capacitados para o atendimento da sociedade, para que operem de forma capaz de evitar que a violência ocorra ou continue.

A promoção de programas educacionais se refere aos programas que respeitem à dignidade da pessoa humana, respeitando os currículos escolares, com projetos de educação. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 97)

Nessa linha de raciocínio, os programas educacionais devem contar com a presença das famílias, possuindo assim o objetivo de esclarecer a respeito das diferentes formas de

violência doméstica e familiar e as maneiras para sua prevenção. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 70)

Já os currículos escolares, servem para que, ocorra discussões acerca da violência doméstica e familiar em todos os níveis de ensino, visto que os costumes patriarcais permanecem na sociedade e assim, essa forma de violência deverá ser coibida em sua origem. Ou seja, é de eficácia que haja o tratamento da coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher nos currículos escolares, pois tal conhecimento poderá mudar a cultura machista advinda da dos costumes da sociedade. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 98)

Dessa forma, é eficaz a inclusão nas grades curriculares de todos os níveis de ensino da coibição da violência contra a mulher, no sentido de tirar da sociedade a cultura machista de costumes patriarcais os quais prevalece com poder a figura masculina.

Mas, vale ressaltar que nos artigos 25 e 26 da lei em comento, o Ministério Público ignora a relevância da disciplina, pois ainda há que se avançar a respeito dos direitos humanos. (CUNHA; PINTO, 2011, p. 71)

É fato que, como se pôde observar no desenvolver do texto, muitas medidas ainda devem ser tomadas quanto à efetividade da Lei Maria da Penha, pois mesmo que no papel elas pareçam efetivas, na realidade não são. São vários os fatores a serem modificados, tanto no que diz respeito às leis já criadas quanto às políticas públicas realizadas pelo Estado, visto que como vários autores mencionaram, a legislação brasileira referente à violência doméstica e familiar contra a mulher ainda há muito que se avançar.

3.3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM NÚMEROS

A violência prevista na lei nº. 11.340/2006, é aquela praticada por razões de gênero contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou por relação íntima de afeto. Assim, as circunstâncias pelas quais há um tratamento diferenciado para com a mulher vítima da violência doméstica e familiar se resultam pelos números.

São cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Segundo pesquisa do DataSenado, 67% de mulheres sofreram violência física, 36% sofreram violência moral, 47% sofreram violência psicológica, 15% sofreram violência sexual, e 8% a incidência da violência patrimonial. Ocorre que, em

2013, 62% das mulheres sofreram violência física, 38% violência moral e psicológica, 12% violência sexual e 5% sofreram violência patrimonial. (Instituto Patrícia Galvão, p. 1)

Por derradeiro, percebe-se que houve um aumento significativo de violências praticadas contra as mulheres no Brasil, desde 2013 até 2017, prevalecendo como mais frequente a violência física, com aumento de 5%.

Em 2013, de janeiro a junho, a Central de Atendimento à Mulher (Disque 180) registrou 306.201 ligações, sendo as três primeiras colocadas com: 673,53 ligações o Distrito Federal, 458,40 o Pará e, 431,50 o Rio de Janeiro. Dados esses referentes à cada 100 mil mulheres. (BIANCHINI; GOMES, 2016, p. 73)

Em 2016, foram registradas 11.845 ligações (sendo 885 a cada 100 mil mulheres) no Distrito Federal, permanecendo com a maior taxa de relatos de violência doméstica e familiar contra a mulher, 26.291 no Rio de Janeiro (782 a cada 100 mil mulheres) e 8.729 em Belo Horizonte (691 a cada 100 mil mulheres). (GREGÓRIO, 2017, p. 1)

E assim, de 2013 a 2016 ocorre aumento das ligações para a Central de Atendimento à Mulher, central essa responsável pelo recebimento das denúncias de violência doméstica e familiar contra a mulher em todo o Brasil. Nessa linha de raciocínio, o Distrito Federal permaneceu com maior número de atendimentos.

Há que se falar também na insuficiência de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar no Brasil, visto que a inexistência deles gera inércia do Estado, pois dessa forma não há servidores especializados nos crimes contra a mulher por razões de gênero e a violência não é cessada, posto que como já mencionado, na falta de Juizado Especial de Violência Doméstica e familiar, os processos dessa natureza tramitarão em Juizados Comuns.

O reduzido número de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar nas cidades do interior, possui um grande desafio para que possa melhorar a aplicação da Lei nº. 11.340/06. Uma vez que, das 114 Varas Especializadas, mais da metade encontram-se nas principais capitais dos estados brasileiros, e apenas 55 delas foram criadas nos municípios do interior. O Distrito Federal (onde o número de denúncias no Disque 180 é o maior do Brasil) o número de Varas e Juizados Especializados também possui maior número no país. Ou seja, das trinta Regiões Administrativas, 16 delas possuem Varas e Juizados Especializados, com uma média de mil e quinhentos processos em tramitação. (BANDEIRA, 2017, p. 1)

Nessa linha de raciocínio, compreende-se que, o Distrito Federal possui maior quantidade de denúncias de violência doméstica e familiar contra a mulher, e ainda possui o maior número de Juizados Especiais. Dessa forma, há de se entender que a quantidade de Juizados Especiais não contribui para a coibição da violência contra a mulher, uma vez que o Distrito Federal se encontra com maior número de juizados e vítimas.

É com base nesse questionamento que a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André/SP menciona que os juízes do interior estão sobrecarregados de processos e assim, banalizam a violência doméstica. A Juíza acrescenta ainda que:

Por isso é tão importante a especialização dos que julgam os casos de violência doméstica. Se você não entende a vulnerabilidade em que a mulher se encontra, não acolhe, não presta o serviço que ela necessita. Neste estado, tramitam cerca de 70 mil processos de violência contra a mulher nas 12 varas especializadas sobre o tema, são sete na capital e cinco no interior. Juizados de Violência Doméstica ainda são insuficientes no interior do país. (BANDEIRA, 2017, p. 2)

Como a juíza menciona, por estarem abarrotados de processos, os juízes do interior banalizam a violência doméstica, pois na seara criminal existem crimes com maior potencial ofensivo. Ocorre que, a maioria do feminicídios ocorreram após incidência dos crimes previstos na Lei Maria da Penha.

As medidas integradas de proteção, com a finalidade de proteger as vítimas de violência doméstica, encontram-se no art. 8º da Lei 11.340/06. Uma de suas medidas é o atendimento policial especializado por meio de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, as quais devem apurar e investigar a prática de violência contra a mulher.

Entretanto, no Brasil existem apenas uma DEAM a cada doze municípios, totalizando 499. Assim, são 368 unidades de Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher e 131 são Núcleos Especiais, Postos ou Departamentos com o segmento de investigação no interior das Delegacias de Polícia Civil comuns. (ANDRADE, 2016, p. 1)

Nessa toada, além da existência de DEAM's, no Brasil possuem núcleos, postos e departamentos em delegacias de Polícia Civil especializados na apuração e investigação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A ex-ministra da Secretaria de Política para Mulheres acredita ser insuficiente o número de DEAM's no Brasil, posto que dependendo do estado, o deslocamento de um bairro a outro é maior que o deslocamento entre dois municípios pequenos, dessa forma, o número de

Delegacias Especializadas não é o bastante para atender a população brasileira. Um exemplo típico seria no estado do Pará, que para se chegar à uma delegacia, deve-se andar de barco durante duas horas. (ANDRADE, 2016, p. 1)

As medidas protetivas de urgência, já citadas anteriormente, com a finalidade de proteger a vítima de violência doméstica, possui críticas sobre a sua efetividade, visto que foram várias concedidas e não há a fiscalização de seu cumprimento.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2015 a Justiça recebeu 263.426 processos referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, no mesmo ano, foram concedidas 328.634 medidas protetivas, com o objetivo de proteger a vida das mulheres ameaçadas pela violência por elas sofridas. Ocorre que, em 2014 esse número era reduzido, tendo sido concedidas 298.701 medidas protetivas de urgência. (BANDEIRA, 2016, p. 1)

Ademais, para a Juíza Madgéli Frantz Machado, as violências já ocorriam, mas, por se tratar de um país de cultura machista, as vítimas de violência doméstica e familiar se encontravam retraídas. Por conta da popularização da Lei Maria da Penha, as mulheres decidiram denunciar e assim, o número de denúncias é muito maior com o passar dos anos, visto que, quando a mulher percebe ser vítima, ela não logra êxito em procurar ajuda. (BANDEIRA, 2016, p. 2)

Nessa toada, com o aumento do número de violência doméstica, há de se entender que o motivo seria apenas a inércia do Estado. Por outro lado, a sociedade está mais familiarizada com a Lei Maria da Penha e do Feminicídio, e por esse motivo, têm buscado a Justiça com mais facilidade do que anos atrás. Mas, ainda faltam recursos para atender toda a demanda, visto que são poucas delegacias especializadas, juizados especiais, casas-abrigo, entre outros meios de auxílio para com a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Não basta que o agressor seja afastado do lar, a vítima necessita de autonomia financeira. Nesse sentido, são necessárias políticas públicas para a assistência da mulher, posto que, em muitos casos ela não trabalha para cuidar de casa, filhos e marido, e após a violência, ocorre a desestruturação familiar, e, a mulher carece de um emprego e ainda, uma creche para deixar os filhos, etc. (BANDEIRA, 2016, p. 2)

Em 08 de novembro de 2017, a lei nº. 13.505/17 foi sancionada acrescentando dispositivos na lei Maria da Penha, no que diz respeito ao atendimento policial o qual deverá ser realizado por policiais do sexo feminino às vítimas de violência doméstica e familiar. Ocorre que, acrescentou-se o art. 10-A e parágrafos, juntamente com os arts. 12-A e 12-B, o qual fora vetado pelo Presidente da República Michel Temer. (BRASIL, lei nº. 13.505, 2017)

Assim, a criação da lei acima mencionada foi um avanço, visto que a maioria das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, ao se deparar com um policial do sexo masculino, se sente envergonhada ao relatar os crimes por ela sofridos, ainda mais quando se diz respeito aos crimes de cunho sexual.

O art. 12-B dizia que, ao verificar risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a Autoridade Policial, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas, e a intimação do agressor. Segundo especialista, o art. violaria a Constituição Federal, pois transferia a competência privativa do Judiciário para a Polícia. (SASSINE, 2017, p. 1)

Nesse sentido, se o art. 12-B não fosse vetado, as medidas protetivas de urgência seriam concedidas no ato do registro da ocorrência policial, e dessa forma, com mais celeridade, a mulher vítima de violência doméstica e familiar deixaria a delegacia de polícia protegida, ainda que as medidas ainda fossem encaminhadas ao Juízo competente para sua deliberação permanente.

Para a ex-Senadora (PT-ES) Ana Rita, na maioria dos casos as mulheres sofrem violência por diversas vezes antes de procurar medidas cabíveis, como a autoridade policial. Dessa forma, quando se procura por alguma delegacia, o atendimento após o registro da ocorrência policial nem sempre é prestado de forma imediata, ocorrendo demora no recebimento da proteção, e, em diversos casos, nesse pequeno intervalo de tempo ocorre o Femicídio. (Instituto Patrícia Galvão, 2017, p. 1)

Neste liame, o art. 12-B seria de muita utilidade, visto que ocorreria celeridade no procedimento de proteção da mulher em situação de violência, e dessa forma, não ocorreria o assassinato por inércia do Estado, pois as medidas cabíveis já estariam sendo adotadas pela Autoridade Policial no que se refere à concessão das medidas protetivas de urgência, que como diz o nome, são de urgência.

Assim, praticado após outras formas de violência e podendo ser evitado, o feminicídio é um problema global e se apresenta em várias culturas, caracterizando-se por ser um crime de gênero. Após recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito a qual investigou a violência contra as mulheres nos estados brasileiros de março/2012 a julho/2013, foi criada a Lei do Feminicídio. (Instituto Patrícia Galvão, 20017, p. 1)

Por derradeiro, após investigação do número de violência contra a mulher entre 2012 e 2103, fora criada a Lei nº 13.104/2015, denominada Lei do Feminicídio, que prevê no ordenamento jurídico brasileiro o homicídio de mulheres por razões de gênero, visto que o feminicídio é um problema que ocorre em todo o mundo, se apresentando em diversas culturas.

Segundo o Mapa da Violência 2015, o Brasil encontra-se em quinto lugar com maior índice de homicídios femininos, dentre os 83 países existentes. E o número de feminicídios só aumentaram, de 2003 a 2013 o número de feminicídios cresceu de 3.937 para 4.762. (WASELFISZ, Julio, 2015, p. 28)

É alarmante o número de homicídios de mulheres no Brasil mesmo após a sanção da Lei Maria da Penha, visto que a mesma serve como forma de coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, não devendo então chegar ao assassinato de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O Brasil registrou oito casos de feminicídio por dia, entre março/2016 e março/2017, sendo 2.925 no total, com aumento de 8,8 em relação à 2015. Dessa forma, o feminicídio é considerado um crime como etapa final de uma série de violências. (Informação extraída do sítio eletrônico do G1, 2017, p. 1)

Mesmo após a publicação da lei do feminicídio, o homicídio de mulheres por razões de gênero, em 2017 aumentou em 8,8 em relação ao ano de 2015, isso quer dizer que a lei não têm sido causa eficaz para coibição de tal crime.

O que ocorre é que a maioria das vítimas do homicídio contra mulheres são assassinadas após o registro do boletim de ocorrência e as medidas protetivas decretadas. Ou seja, elas estão sendo assassinadas com proteção de instrumentos que deveriam garantir sua proteção, devendo assim, refletir em quais medidas adotar. (Instituto Patrícia Galvão, 2017, p. 1)

Nesse sentido, mesmo que a mulher já tenha registrado a ocorrência policial e o Juiz, concedido as medidas protetivas de urgência, ocorre o feminicídio, pois as medidas existentes não são totalmente capazes de impedir que tal crime ocorra, ainda que cumprindo todos os requisitos da lei Maria da Penha, a qual é a base da lei nº 13.104/2015.

Com base nos posicionamentos acima mencionados, entende-se que o número de violências contra a mulher, feminicídios, recebimento de denúncias, medidas protetivas concedidas, etc, somente aumentaram com o passar dos anos após a sanção da Lei Maria da Penha e do Feminicídio, posto que, o Estado encontra-se inerte no que diz respeito aos meios pelos quais a mulher vítima deveria ser amparada. Nesse sentido, o Estado deveria promover medidas assistenciais às mulheres antes e após a agressão, devido à grande quantidade de homicídios de mulheres que, já sofreram e denunciaram a prática da violência doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

Marcadamente elaborada para que a mulher supere o passado histórico de assimetria de poder em relação ao homem e para que atinja uma posição de igualdade concreta, fora criada a lei 11.340/2006, conhecida por lei Maria da Penha, se tornando necessária para que além de uma considerável alteração no modo de pensar e agir social, construa um aparato jurídico capaz de neutralizar as diferenças criadas culturalmente entre homem e mulher. A lei 13.104/2015, denominada lei do Feminicídio trata especificamente da penalização do crime de homicídio de mulheres por razões de gênero.

O feminicídio é a maior expressão da violência contra a mulher e, geralmente se dá como consequência da recorrente violência doméstica sofrida pela mulher. A relação entre a Lei Maria da Penha e do Feminicídio é bastante nítida no sentido de que, caso a lei fosse efetiva e as medidas protetivas fossem cumpridas, a prática do homicídio contra mulheres seriam

evitados. Dessa maneira, entende-se que é necessário que se reforcem as medidas previstas pela lei Maria da Penha, bem como a instituição de políticas públicas para o combate à violência contra a mulher.

Na busca pela efetividade das normas de combate à violência contra a mulher, foram criadas medidas protetivas de urgência e medidas de assistência para prevenção da violência. Ocorre que, mesmo após onze anos de publicação da lei Maria da Penha, a mesma não é efetiva para coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, o presente trabalho tratou da Aplicação da Lei Maria da Penha e do Femicídio como mecanismos para coibir a violência contra a mulher, possuindo como hipótese testada comprovando a ineficácia das legislações em comento, posto que a partir da criação e sanção das leis, houve o aumento progressivo das violências e dos feminicídios, ainda que no corpo das leis possuam medidas de prevenção e de proteção à mulher vítima.

Nesse contexto, novos desafios e exigências são apresentados à sociedade, que recebe a incumbência de proteger as mulheres, com a capacidade de não só enfrentar esses desafios, mas também de superá-los. Como consequência, dar segurança e confiança atendendo as demandas e tornando imprescindível o conhecimento da realidade, de acordo com as necessidades das garantias de proteção de todas as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Com o objetivo de demonstrar a ineficácia da Lei Maria da Penha e do Femicídio, no primeiro capítulo do presente trabalho foi abordada a evolução histórica das leis, no segundo capítulo, as hipóteses de aplicação das leis nº 13.104/2015 e 11.340/06, ou seja, quando elas poderão ser aplicadas, abarcando a atuação dos órgãos especializados em violência doméstica quando esta ocorre, a aplicação das medidas protetivas de urgência concedidas tanto para a ofendida quanto para o agressor, e, no terceiro capítulo, sobre a análise da problemática, incluindo a ineficácia das medidas protetivas de urgência, a ineficácia das medidas de prevenção às vítimas e, por fim, as estatísticas de violência doméstica e familiar juntamente com o feminicídio.

Dessa forma, a metodologia utilizada para a propositura do presente trabalho fora eficaz, pois foram utilizadas pesquisas bibliográficas capazes de responder o problema,

qualitativa no sentido de levantar dados a respeito da violência doméstica, mista no sentido de chegar a uma conclusão sendo ela a ineficácia das leis para a coibição da violência contra a mulher, a pesquisa exploratória, visto que houve exploração do tema, e ainda a pesquisa quantitativa não mencionada na introdução, pois essa forma de pesquisa leva em consideração os resultados quantificados por análise de dados e pela utilização de estatísticas.

Infelizmente, não se pode assegurar que em todos os casos de violência doméstica e familiar, o agressor seja punido, pois ainda existem muitas mulheres que mesmo sofrendo essa espécie de violência, não procura ajuda diante de tantos meios a elas cedidos, acreditando fielmente no arrependimento e mudança do agressor, o que nem sempre ocorre. Mas, o ciclo de violência tende a continuar e piorar cada vez mais, com o feminicídio por exemplo.

Nessa linha de raciocínio, compreende-se que a pesquisa teve caráter parcialmente conclusivo, uma vez que ao fim da pesquisa percebeu-se que realmente ocorreu o aumento gradual da violência doméstica e familiar contra a mulher e ainda, o feminicídio. Mas, as causas não seriam somente a ineficácia das leis, seria também a coragem das mulheres em denunciar o agressor.

REFERÊNCIAS

ALFERES, Eduardo Henrique; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção; GIMENES, Eron Veríssimo. **Lei Maria da Penha Explicada**: Doutrina e Prática. 1ª Edição. São Paulo: Editora EDIPRO, 2016

ALMEIDA, Rodolfo; OSTETTI, Vitória; ZANLORENSSI, Gabriel. **A violência contra a mulher**. Nexo, São Paulo, 20 out. 2017. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/10/20/A-viol%C3%Aancia-contra-a-mulher-segundo-esta-pesquisa-do-Senado>>. Acesso em 13/11/2017.

ANDRADE, Hanrikson de. **Brasil tem uma delegacia com atendimento à mulher a cada 12 municípios**. Uol, Rio de Janeiro, 05 jun. 2016. Disponível em

<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/06/05/brasil-tem-uma-delegacia-com-atendimento-a-mulher-a-cada-12-municipios.htm>>. Acesso em 13/11/2017.

BANDEIRA, Regina. **Juizados de Violência Doméstica ainda são insuficientes no interior do país**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 7 mar. 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84405-juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes>>. Acesso em 15/11/2017.

BANDEIRA, Regina. **Justiça concedeu mais medidas protetivas a mulheres em 2015**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 26 ago. 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83252-justica-concedeu-mais-medidas-protetivas-a-mulheres-em-2015>>. Acesso em 15/11/2017.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31/12/1940, Seção 1, p. 23911.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08/08/2006, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10/03/2015, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09/11/2017, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 766529, 20110310116319APR. Relator: Des. Romão C. Oliveira. Brasília, 19 de março de 2014. 1º Turma Criminal. p. 216. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conflito Negativo de Jurisdição. Acórdão n. 983829, 20160020341432CCR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 21 de dezembro de 2016. Câmara Criminal, p. 98-100. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. Acórdão n. 983259, 201505101110524RSE. Relator: João Timóteo de Oliveira. Relator

Designado: SOUZA E AVILA. Brasília, 29 de novembro de 2016. 2ª Turma Criminal, p. 89-99. 2016

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Escritório Regional do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH); Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres). **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. 1ª Edição. Brasília: Instituto Patrícia Galvão, 2016.

FERNANDES, Débora Fernanda C. Z.; et al. **Maria da Penha: Comentários a Lei nº 11.340/06**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Anhanguera, 2013.

G1 SP. **Brasil registra oito casos de feminicídio por dia**. G1. São Paulo, 23 ago. 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-registra-oito-casos-de-feminicidio-por-dia-diz-ministerio-publico.ghtml>>. Acesso em: 16/11/2017.

GREGORIO, Rafael. **'180' teve recorde de denúncias em 2016**: Negras são a maioria entre as vítimas. Uol, São Paulo, 8 mar. 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1864712-180-teve-recorde-de-denuncias-em-2016-negras-sao-maioria-entre-vitimas.shtml>>. Acesso em 15/11/2017.

Instituto Maria da Penha. Relógios da Violência. Ceará, p. 1. Disponível em <<http://www.relogiosdaviolencia.com.br/>>. Acesso em 08/11/2017.

Instituto Patrícia Galvão. **Feminicídio**. São Paulo. Disponível em <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/>>. Acesso em 16/11/2017

Instituto Patrícia Galvão. **Feminicídio: #InvisibilidadeMata**. 1ª Edição. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

MOTA, Adriana, et al. **Feminicídio**. Instituto Patrícia Galvão, São Paulo. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/>>. Acesso em 16/11/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014

SASSINE, Vinicius. **Temer veta mudança na Lei Maria da Penha que transferia funções da Justiça à Polícia**. Extra. São Paulo, 8 nov. 2017. Disponível em <<https://extra.globo.com/noticias/brasil/temer-veta-mudanca-na-lei-maria-da-penha-que-transferia-funcoes-da-justica-policia-22046931.html>>. Acesso em 15/11/2017.

Secretaria de Estado da Mulher do Distrito Federal. **Lei Maria da Penha: Pelo fim da violência contra a mulher**. 2ª Edição. Distrito Federal: Conselho dos Direitos da Mulher, 2013.