

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1129

(Ano XIV)

(17/12/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1129



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1129, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *667 fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



STF inicia o sepultamento da garantia da coisa julgada
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Anotações sobre Contratos Eletrônicos

Ciro Rangel Azevedo, 14.

Os efeitos extrafiscais do IPI e o impacto na repartição constitucional das receitas tributárias: uma Análise dos Recursos Extraordinários 705.423/SE e 1.288.634/GO

Tomás Imbroisi Martins, 33.

Compliance na polícia civil de Pernambuco como programa de prevenção, detecção e remediação aos atos de corrupção

Diego Pinheiro de Souza, 88.

Violência doméstica no município de Rio Preto da Eva-AM no período de 2020-2022

Hianael Samara de Souza e Silva, 108.

Possível contrariedade da Lei Complementar nº 173/2020 ao federalismo brasileiro. Perspectiva não analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Wesley de Castro Dourado Cordeiro, 126.

A incomunicabilidade do preso no regime disciplinar diferenciado e alterações promovidas pela lei 13.964/2020

Vanderlei Machado da Silva, 140.

Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento facilitador do acesso à justiça e as inovações no âmbito da celeridade processual

Maria Clara Vasconcelos Pires de Carvalho, 155.

Crimes contra a dignidade sexual: e a condenação com base na palavra da vítima

Jamil Guilherme Rodrigues Lima, 175.

Contribuições previdenciárias: conceito, natureza jurídica e sujeitos passivos

Simone da Silva Ferreira, 195.

O artigo 648, inciso II, do Código de Processo Penal e sua repercussão no habeas corpus

Vanderlei Machado da Silva, 209.

Proposta de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da grande BH: considerações técnicas e operacionais sobre o Terminal Vilarinho, distrito de Venda Nova, MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 225.

A ONU e os direitos humanos

Benigno Núñez Novo, 249.

Programa de tratamento fora de domicílio (TFD) como política de concretização do direito à saúde: fundamentos normativos e uma análise da experiência do Município de Bom Jesus das Selvas – MA

Isaac Silva e Silva e Clóvis Marques Dias Júnior, 262.

A crise no neoliberalismo do século XXI na visão de Foucault e outros pensadores

Marcos Antonio Duarte Silva, 281.

Cabimento de recurso especial por violação a decreto presidencial

Nícolas Bortolotti Bortolon, 291.

O princípio da razoabilidade na tributação e as multas tributárias

Rodrigo de Paula Bandeira, 310.

Da tutela antecipada: Possibilidade de indenização na negativa da paternidade e a lei de alimentos gravídicos

Maria Lidia Franca de Souza, 323.

Princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial

Samara Jacquiminouth Tavares, 341.

Restrições dos direitos fundamentais para quem se recusa a tomar a vacina do covid-19 no Brasil

Antonio Fernando Lima dos Santos, 356.

Justiça penal consensual e acordo de não persecução penal: uma análise axiológica e pragmática do acordo de não persecução penal sob o prisma da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro

Lucas Leonardo Marques do Couto, 376.

A importância do comportamento ético de um profissional contábil

Ana Beatriz da Cunha do Prado e Leandro Junio Durval Daluia, 400.

A teoria da perda de uma nova chance para fins de responsabilidade civil

Antonia Patricia da Silva Brito, 411.

As noções básicas de direito para pessoas leigas no Brasil como fomento à cidadania

Thaylane Macedo dos Santos Mendes e Ana Beatriz Nunes de Alencar Dantas, 432.

Prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal existe: uma análise do Acórdão da Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG

Wanduil Antonio da Silva, 443.

A fiscalização nos contratos administrativos

João Victor Silva Lopes, 457.

A importância da implantação do sistema de segurança e saúde do trabalhador do social nas empresas

Luana Bruzon Leite, Bruna de Almeida e Osmarina Ferreira Rodrigues, 470.

Contratação direta por dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública à luz da nova lei de licitações e contratos administrativos nº 14.133/2021

Ignacio Tito Torres Santos, 483.

A aplicação da Lei estadual nº 5.797 na Amazonas Energia na cidade de Manaus – AM: Os direitos resguardados pela lei ao consumidor

Karen Stefanie Vasconcelos Mendes, William Barros e Gabriel Silva de Souza, 508.

Os conflitos entre direitos e garantia fundamentais à luz da Constituição Federal

Lucas Melo Santos, 525.

Análise de custos: a importância da utilização nas organizações e suas vantagens

Iohan Augusto de Oliveira Pereira, Guilherme Federissi dos Santos e João Victor Mendes Volpi, 540.

O precedente levado a sério: exame do enunciado no 603 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e da sua aplicação no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Sentclair Marinho de Assis Junior, 550.

O papel dos lares de acolhimento e dos conselhos tutelares perante a atuação do judiciário com o uso do sistema nacional de adoção e acolhimento

Maria Laura de Sousa Silva, 599.

A judicialização do direito à saúde, uma garantia fundamental à saúde ou a ruptura da equidade no sistema único de saúde brasileiro

Milena Nascimento de Andrade, 613.

Racismo institucional e o direito penal do inimigo: as abordagens policiais contra negros na região nordeste

Matheus Lucas da Costa Rezende, 627.

Análise da violência obstétrica como elemento de violação dos direitos fundamentais da parturiente

Vanda Ramos de Souza, 654.

STF INICIA O SEPULTAMENTO DA GARANTIA DA COISA JULGADA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal.

Em mais uma ingrata surpresa, o Supremo Tribunal Federal agora forma maioria para permitir reversão de decisões judiciais definitivas em matéria tributária. 1

Em resumo o STF afirma que mesmo quando uma pessoa física ou jurídica obtiver uma decisão favorável em questão tributária, a qual venha a transitar em julgado, inclusive sem mais possibilidade de ação rescisória, será possível sua reforma desde que o STF venha a alterar sua jurisprudência ou julgar diversamente o caso em repercussão geral, podendo o Fisco retomar a cobrança normalmente.

Expondo um exemplo: A empresa “X” obtém, de acordo com a legislação e até mesmo a jurisprudência corrente do STF, ganho de causa para o não pagamento de um determinado tributo ou o pagamento em alíquota mais baixa do que a que o Fisco pretendia. Tal decisão judicial transita em julgado e passa o tempo de 2 anos em que se poderia, em tese, manejar Ação Rescisória. Note-se que mesmo a Ação Rescisória, é apenas uma ação e pode ser impetrada e julgada improcedente. Mas, agora o STF afirma que com uma mudança jurisprudencial da Corte sobre o tema daquele processo findo, o Fisco poderá retomar a cobrança dos tributos automaticamente, sem necessidade de revisão judicial. A decisão do STF com repercussão geral passa a equivaler a uma nova lei tributária que legitima a retomada da cobrança por aplicação administrativa do decisório da Corte Suprema.

A chamada “coisa julgada material”, que, segundo as regras processuais e constitucionais, é (seria) intocável, já que o mesmo caso não poderia voltar a ser discutido em outras ações, recebe agora um duro golpe, na verdade, ao menos no âmbito tributário, um golpe mortal. O julgamento, inclusive de outro caso similar pelo STF sobre o mesmo

1 BACELO, Joice. Maioria no STF permite reversão de decisões judiciais definitivas. Disponível em <https://www.defesanet.com.br/ghstf/noticia/45784/Maioria-no-STF-permite-reversao-de-decisoes-judiciais-definitivas/>, acesso em 28.11.2022.

tema, dando sua posição inicial a respeito ou mesmo alterando seu próprio posicionamento antecedente, poderá fazer com que o julgamento transitado em julgado não tenha mais validade alguma.

Os ministros chegaram ao cúmulo de discutir se a reforma de posição ou a decisão inicial do STF sobre o tema teria efeitos retroativos sobre tributos não pagos com base na decisão judicial definitiva que até então regia a questão. Note-se que uma decisão no sentido da retroatividade significaria levar o país à bancarrota de uma hora para a outra, já que empresas teriam que pagar tributos atrasados, muitas vezes por anos e anos, os quais não eram até então tidos como devidos. Sabe-se lá por que espécie de milagre, os Ministros formaram consenso de que não poderia haver retroatividade, até porque admitem que a nova posição equivaleria a uma nova legislação tributária, a qual tem de obedecer aos critérios da legalidade, anterioridade e anualidade. Ainda assim, noticia-se que o Ministro Gilmar Mendes, embora admitindo a irretroatividade, propõe que a cobrança possa ser imediata, sem necessidade de cumprimento do limite da anualidade.

Ademais, havia nos votos uma “modulação de efeitos” para que esse sistema fosse aplicado somente para casos que venham a iniciar discussão em repercussão geral no STF a partir desse julgamento. Entretanto, os Ministros teriam suprimido de seus votos a “modulação de efeitos”, de modo que temas que foram decididos no STF acerca de tributos com repercussão geral, mesmo antes dessa decisão em comento, podem exercer efeitos a partir da data da decisão da Corte. Há casos que poderão então retroagir a 2007 quando tributos considerados inconstitucionais até então, passaram a ser considerados como constitucionais. 2

Note-se que os próprios Ministros, sem qualquer espécie de constrangimento, admitem que essa espécie de sistema consista na criação pretoriana de legislação tributária, o que joga por terra a Separação dos Poderes e, pior que isso, atribui a um desses poderes a capacidade de autolegitimação por decisões próprias e não em decorrência da lei e da Constituição. Um tributo somente pode ser criado por lei, jamais por um Tribunal, seja ele de que graduação for. Mas é, na prática, o que está acontecendo.

A coisa julgada, garantida por leis processuais e pela Constituição Federal, é simplesmente desprezada, gerando com isso uma absurda insegurança jurídica, capaz de afastar do Brasil investidores estrangeiros e desestimular investimentos internos, empreendedorismo de qualquer espécie. Uma empresa não poderá mais fazer planejamentos razoavelmente seguros acerca de seus custos tributários, ainda que conte com uma decisão judicial transitada em julgado em seu favor.

2 Op. Cit.

Na verdade a expressão “coisa julgada” passa a ser algo totalmente indeterminado. Apenas um signo, enquanto seu significado e, pior, o próprio referente no mundo real, se esvanecem. “Coisa Julgada” passa a ser apenas um signo, algo meramente simbólico em um discurso de agentes arbitrários.

Trata-se de mais uma manifestação nefasta e, em última análise, *irresponsável*, da chamada “Juristocracia”, ou seja:

uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação de Poderes é golpeada por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais poderes sem respaldo constitucional. Além da usurpação em relação aos demais poderes, é traço distintivo da juristocracia a crescente invasão do Poder Judiciário em face da esfera de liberdade do cidadão. Há uma espécie de colonização do mundo da vida. Ou seja, há uma substituição do agir livre do cidadão pela atuação do Estado, por meio de decisões judiciais.³

Observe-se que o cidadão não está obrigado, num Estado de Direito Democrático, a fazer ou não fazer nada a não ser em virtude de lei. Mas com a posição adotada pelo STF, o cidadão discute a lei no judiciário, o judiciário lhe garante o direito de liberdade de não pagar o tributo, afirmando que aquela lei não o obriga. Essa decisão judicial transita em julgado, faz coisa julgada material, mas, mesmo assim, esse mesmo cidadão pode vir a ser coagido a pagar um dado tributo por decisão posterior de um tribunal que, na prática, reedita lei com força retroativa e desfaz a coisa julgada sem a mínima legitimidade legal, constitucional ou política.

A decisão judicial do STF passa a exercer efeitos transcendentais do caso julgado para outros milhares de processos similares Brasil afora. Já não vale mais a assertiva de que a decisão judicial é a “lei do caso concreto” (aqui a palavra “lei” é empregada num sentido metafórico). A decisão judicial do STF passa a contar com característica inerente às leis (em sentido técnico), ou seja, a generalidade. Já não é possível distinguir corretamente sequer categorias (lei x decisão judicial), o que ocasiona um dano não somente jurídico, mas até mesmo intelectual. Pensar o Direito se torna algo ainda mais difícil do que normalmente já o é.

E dada a desfaçatez com que se tem violado a separação de poderes, a legalidade e a constitucionalidade, exatamente no seio do suposto órgão que deveria ser o “guardião da Constituição” e acaba se erigindo em seu “proprietário”, com direitos de uso, gozo e

3 ABBOUD, Georges. Submissão e Juristocracia. *Revista do Processo*. Volume 258. ago., 2016, p. 519 – 527.

disposição, não é de espantar que mais dia menos dia, venha a Corte Suprema a expandir esse desprezo da coisa julgada material para outras áreas civis, previdenciárias etc. Nem mesmo é possível afirmar com segurança (essa palavra que já não nos é praticamente acessível) que não se possa cogitar de desconsiderar a coisa julgada material até mesmo na seara penal e em prejuízo do réu (o que deveria ser inconcebível, mas já não se sabe). Este seria o absurdo dos absurdos, mas, como se diz, “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”, ou melhor, “a jurisprudência transfigurada em lei e norma constitucional”.

Mas como é possível imaginar que se pode chegar a essas alturas do arbítrio judicial, do desprezo do Direito em prol do exercício de uma pura *vontade de poder*? Isso é possível porque aqueles que abusam *podem* fazer o que querem, eles simplesmente *podem*, eles se autolegitimam e ninguém se opõe de forma efetiva, não há freios para os seus abusos. Vale a lição de Rummel:

Por favor, diga, meu irmão,

Por que os ditadores matam

e fazem guerra?

É pela glória; por coisas,

por crenças, por ódio,

por poder?

Sim, mas há mais,

porque eles podem. 4

Estamos cientes de que nossa manifestação nada mais é do que uma gota de denúncia e inconformismo num oceano indelével de arbítrio que não se abala em nada. Valemo-nos, entretanto, da lição contida na oração do Cardeal François – Xavier Nguyen Van Thuan:

Se espero o momento oportuno para fazer alguma coisa verdadeiramente grande, quantas vezes na vida se apresentarão semelhantes ocasiões?

4 RUMMEL, Rudolf Joseph. Freedom, Democracy, Peace; Power, Democide and War. Universidade do Havaí. Disponível em <http://www.hawaii.edu/powerkills/>, acesso em 13.05.2022. No original em inglês: “Pray tell, my brother, /Why do dictators kill/ and make war? / Is it for glory; for things, / for beliefs, for hatred,/ for power? Yes, but more, / because they can”.

Não, agarro as ocasiões que se apresentam a cada dia, para realizar ações ordinárias de modo extraordinário. 5

Certamente este protesto não chega sequer a ser uma “ação ordinária” realizada de “modo extraordinário”, é apenas uma ação, uma manifestação ordinária ordinariamente realizada, um contributo mínimo de quem quer ao menos ter a paz de consciência de que quando coisas assim aconteciam não permaneceu calado por qualquer motivo ou interesse.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Submissão e Juristocracia. *Revista do Processo*. Volume 258. ago., p. 519 – 527, 2016.

BACELO, Joice. Maioria no STF permite reversão de decisões judiciais definitivas. Disponível em <https://www.defesanet.com.br/ghstf/noticia/45784/Maioria-no-STF-permite-reversao-de-decisoes-judiciais-definitivas/>, acesso em 28.11.2022.

RUMMEL, Rudolf Joseph. Freedom, Democracy, Peace; Power, Democide and War. Universidade do Havaí. Disponível em <http://www.hawaii.edu/powerkills/>, acesso em 13.05.2022.

VAN THUAN, François – Xavier Nguyen. *Cinco Pães e Dois Peixes*. Trad. João Batista Boaventura Leite. Aparecida: Santuário, 2000.

5 VAN THUAN, François – Xavier Nguyen. *Cinco Pães e Dois Peixes*. Trad. João Batista Boaventura Leite. Aparecida: Santuário, 2000, p. 18.

ANOTAÇÕES SOBRE CONTRATOS ELETRÔNICOS

CIRO RANGEL AZEVEDO: Doutorando e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Graduado e Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV DIREITO RIO. Gerente Jurídico na Braskem S.A. Autor de Livro e Artigos.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar os denominados Contratos Eletrônicos, assim entendidos como os contratos celebrados no ambiente eletrônico. Os referidos Contratos são protagonistas na sociedade contemporânea caracterizada pela transformação digital. Nos últimos anos, em razão da pandemia do COVID 19 que assolou o mundo, os Contratos Eletrônicos foram ainda mais impulsionados, tendo em vista a impossibilidade de interação presencial entre as partes contratantes, especialmente para as assinaturas dos instrumentos. Neste contexto, o presente artigo, além de abordar o relevante papel desempenhado por tais contratos, também busca trazer uma reflexão dogmática, explorando a natureza jurídica dos referidos contratos, bem como a forma de exteriorização da declaração negocial no ambiente eletrônico em que são estabelecidos. Há várias modalidades de contratos eletrônicos. Contudo, o presente artigo tem por enfoque os instrumentos denominados "Termos e Condições" em negócios jurídicos paritários, documentados e expedidos por sistemas eletrônicos, os quais são muito utilizados no ambiente empresarial para formalizar as mais diversas operações econômicas. Nesta perspectiva, aborda-se uma situação hipotética para ilustrar a complexidade dessas transações eletrônicas, especialmente no que tange ao aperfeiçoamento do negócio jurídico. Pretende-se com este trabalho contribuir para o fomento à utilização dos Contratos Eletrônicos que, indubitavelmente, exercem papel fundamental na sociedade da transformação digital.

Palavras-chave: contrato eletrônico; forma; documento eletrônico; declaração negocial.

Abstract: This paper has the goal to explore the electronic contracts, thus understood as the contracts established in the electronic environment. The abovementioned Contracts are protagonists in the contemporary society characterized by the digital transformation. In the last few years, due to the COVID pandemic that struck the world, the electronic contracts were even more used, since the impossibility of physical interaction between the parties, especially for the contract's execution. In this context, this paper, in addition to approaching the relevant role played by such contracts, also seeks to bring a dogmatic reflection, exploring the legal framework of the mentioned contracts and how the consent is verified in the electronic environment in which they are established. There are various types of electronic contracts. However, the present paper focus on the instruments denominated "Terms and Conditions" in legal agreements, documented and issued by

electronic systems, which are very used in the business environment to formalize different business and economic transactions. In this sense, the paper explores a hypothetical case to demonstrate the complexity of those electronic transactions, specially in regard to the completion of the agreement. This works intends to contribute with the enhancement of the Electronic Contracts which, undoubtedly, play a fundamental role in the digital society.

Keywords: electronic contract; form; electronic document; consent.

Sumário: Introdução – **1** Contratos Eletrônicos. – **2** Declaração Negocial e Formação dos Contratos Eletrônicos. – **3** Conclusões. – Referências

1. INTRODUÇÃO

O advento da *Internet* modificou profundamente os meios de comunicação a nível global, trazendo consigo novos hábitos, práticas empresariais e formas de instrumentalização de relações jurídicas.

A sociedade contemporânea é marcada pela transformação digital, abrangendo o uso de tecnologias e instrumentos como: automação; inteligência artificial; robótica; e computação. A cada dia vivenciamos o lançamento de novas ferramentas digitais, capazes de oferecer soluções práticas pensadas para eliminar ineficiências e gerar valor para a sociedade, mercado e indústria.

Evidentemente, essa transformação também tem reflexos no Direito, que não é alheio em relação à esta transformação que cada vez mais surge como uma variável indispensável na equação da sociedade digital (PINHEIRO; WEBER; OLIVEIRA NETO, 2019, p. 12).

É dentro deste contexto, que trazemos à tona o tema relativo aos denominados Contratos Eletrônicos, assim entendidos como contratos em relação aos quais as partes convenientes exteriorizam a vontade de contratar por meio de declarações veiculadas de forma eletrônica (Contratos Eletrônicos).

Evidentemente, os Contratos Eletrônicos assumem papel fundamental para a viabilização do comércio jurídico de bens e serviços dentro da atual moldura sociológica que vivemos, substancialmente estruturada na transformação digital.

Na prática jurídico-empresarial, observamos lentamente os avanços das tecnologias e hoje nos deparamos com uma realidade que se impõe: as soluções tecnológicas são imprescindíveis para a viabilização de negócios, com redução de custos de transação e eliminação de expedientes burocráticos.

Ao longo dos anos de 2020 e 2021 vivenciamos a importância dos Contratos Eletrônicos em razão dos efeitos deletérios da pandemia da COVID-19, que impossibilitou a interlocução presencial entre os atores do contrato e o tradicional hábito dos rituais de assinaturas manuscritas. A sociedade teve que recorrer à solução por meio dos métodos eletrônicos de contratação para a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas contratuais.

Os Contratos Eletrônicos são utilizados para materializar diversos tipos de operações, desde contratos que são objeto de intensas negociações entre as partes contratantes, como àquelas que, por serem realizadas de forma recorrente, contínua e padronizada, são materializadas por meio instrumentos-modelo usualmente denominados como “Termos e Condições” (em inglês “*terms and conditions*”).

Apesar de mais conhecido popularmente nas relações de consumo, que não são objeto de análise do presente artigo, o instrumento dos Termos e Condições é largamente utilizado nos negócios, para operações de elevada recorrência e/ou impossibilidade operacional de negociação individual com cada contraparte contratual com quem o agente econômico vier a interagir para estabelecimento de relações jurídico-comerciais.

Dentro desta perspectiva, é usual que tal instrumento, geralmente concebido em formato não editável, tenha o seu envio automatizado pelos sistemas operacionais das empresas, acompanhando documentos eletrônicos de ordens de compra e/ou venda, conforme o caso, os quais são enviados por uma parte à outra (REBOUÇAS, 2018)⁶. O envio manual por correio eletrônico do documento por um preposto de uma empresa ao preposto da contraparte também é prática frequente em algumas indústrias.

Sem embargo da importância e essencialidade dos Contratos Eletrônicos no comércio jurídico, notadamente em tempos de pandemia, indaga-se: como os Contratos Eletrônicos juridicamente se formam e se tornam vinculantes entre as partes?

O objetivo do presente artigo é trazer reflexões sobre as referidas indagações com base nos institutos já previstos na legislação civil, trazendo como enfoque a declaração negocial validamente emitida pelas partes contratantes em relação a determinadas modalidades de Contratos Eletrônicos comuns na prática empresarial.

⁶ Rodrigo Fernandes Rebouças intitula tais operações como “Contratações Intersistêmicas”, explica o autor: “[...] tal forma de contratação ocorre nas hipóteses em que são realizadas operações de compra e venda, por exemplo, de forma automatizada entre um distribuidor e o produtor. Ou seja, são hipóteses em que houve uma prévia programação pelos representantes legais de cada uma das sociedades empresárias ou do próprio consumidor, no sentido de que ao realizar a venda de um produto para outra parte, ou para o consumidor, o sistema irá automaticamente realizar a baixa de tal produto no estoque e, havendo necessidade, emitirá uma ordem automática de compra junto ao produtor para a reposição dos níveis do estoque” (REBOUÇAS, 2018, p. 52).

2.CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os Contratos Eletrônicos são contratos como todos os demais. Sim, a mensagem é redundante, porém dogmaticamente relevante. Não estamos tratando, pois, de uma nova espécie de negócio jurídico. Tratam-se apenas de contratos que adotam uma forma específica para a veiculação da declaração negocial, isto é, a forma eletrônica. É por esta razão que Paulo Sá Elias afirma, que “[...] todos os princípios existentes no Direito contratual são aplicáveis às avenças celebradas por via eletrônica” (ELIAS, 2008, p. 154; SCHREIBER, 2014)⁷.

Como é cediço, o contrato consiste em espécie de negócio jurídico, cujo pressuposto reside no consentimento entre as partes, materializado na declaração negocial (AZEVEDO, 1986). Este é o princípio estrutural do contrato – o consensualismo – que indica que os contratos, como regra geral, aperfeiçoam-se pelo mero consenso entre as partes, por meio da manifestação de consentimento recíproco de partes em relação à avença.

Por meio do contrato, os integrantes da relação jurídica, no exercício de sua autonomia privada (PRATA, 1982), regulam os direitos e obrigações que vincularão as partes, observados os parâmetros legais definidos em nosso ordenamento jurídico (BRASIL, 2002)⁸.

No ambiente empresarial em que se fazem presentes agentes econômicos paritários, o contrato representa importante instrumento para as partes no sentido de disciplinar detalhadamente as regras, que deverão ser observadas no decorrer da relação contratual. Este exercício negocial entre os interlocutores contratuais leva em consideração diversos fatores, notadamente as características da operação econômica objeto da regulação contratual e os riscos emergentes da convenção.

7 Em artigo específico sobre contratos eletrônicos, Anderson Schreiber, embora reconheça que os referidos contratos não “sejam um mundo à parte”, destaca algumas particularidades deste tipo de contratação, *in verbis*: “Os chamados contratos eletrônicos não representam um mundo à parte, estranho ao direito dos contratos ou governado por regras próprias. Não se trata de uma dimensão paralela que somente aparenta similaridade com a realidade tradicional, como uma espécie de Matrix, lembrada na epígrafe a este artigo. A contratação eletrônica traz inúmeras questões novas, mas se insere no tratamento sistemático dos contratos no direito brasileiro. Seus pontos de dissonância com a teoria geral tradicional representam frequentemente oportunidades para rever dogmas rígidos que já não se justificam mais, nem mesmo fora do ambiente eletrônico (como se viu na discussão pertinente à prova do contrato). Noutros casos, trata-se de instituir novos mecanismos jurídicos de proteção contra novos riscos que surgem especialmente – mas nem sempre de modo exclusivo – no ambiente eletrônico” (SCHREIBER, 2014).

8 Destaque para o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil de 2002. “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Em sentido equivalente, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. (BRASIL, 2002).

O produto desta atividade negocial – o contrato – projeta efeitos jurídicos, econômicos e sociais para as partes e para terceiros, compreendendo a legítima expectativa recíproca e voluntária de cumprimento da avença pelas partes contratantes e o reconhecimento jurídico-institucional do contrato, como instrumento que deve ser assegurado e preservado pelas instituições, em especial o Poder Judiciário.

Dentro deste contexto, é absolutamente legítimo que as partes, no exercício da autonomia privada, possam estabelecer consensualmente previsões contratuais, de forma a prever direitos e obrigações que buscam distribuir e alocar as responsabilidades e riscos potencialmente advindos da relação jurídica no escopo individual de cada uma das partes.

A este respeito vale mencionar as disposições do art. 113, V, § 2º, art. 421 e seu parágrafo único e o art. 421-A, que reforçam o conteúdo valorativo da autonomia privada, *in verbis*:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Como decorrência da autonomia privada, é conferido às partes a prerrogativa de eleger livremente a forma por meio da qual o contrato será instrumentalizado, salvo os casos previstos expressamente em lei. De acordo com Nathalia Masson, a forma “[...] segundo uma definição geral, é a modalidade através da qual a vontade do particular se manifesta no exterior” (MASSON, 2006, p. 169-170).

Este conceito é traduzido pelo princípio da liberdade das formas, expressamente adotado pelo art. 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual “[...] a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (BRASIL, 2002).

Com efeito, o sistema privilegiou a liberdade das formas com o objetivo de assegurar a autonomia privada das partes contratantes, que, dessa maneira, estão livres para fazer uso de qualquer forma para a exteriorização da declaração negocial e, conseqüentemente, para a celebração de negócios jurídicos (BRASIL, 2002)⁹.

Os Contratos Eletrônicos, portanto, representam instrumentos resultantes da autonomia privada conferida aos agentes econômicos, que, no exercício da liberdade contratual, optam por celebrar o negócio jurídico por meio da forma eletrônica, podendo se manifestar, por exemplo, por meio de troca de correspondências eletrônicas e/ou *chats* interativos com conteúdo de proposta e aceitação (REBOUÇAS, 2018)¹⁰, contrato gerado

⁹ Em caráter excepcional, contudo, em razão dos interesses tutelados ou por simples política legislativa, a lei impõe que o ato deve observar uma determinada forma especial para ser válido. É o caso, por exemplo, dos negócios jurídicos envolvendo direitos reais, nos termos do art. 108 do Código Civil, com valores superiores a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. A observância ao requisito da forma está prevista no art. 104, inciso III, e no art. 166, incisos IV e V, todos do Código Civil de 2002, e o seu não cumprimento poderá ensejar a invalidade ou a ineficácia, a depender da sanção cominada pela lei (BRASIL, 2002).

¹⁰ O autor Rodrigo Fernandes Rebouças classifica tais operações como “Contratações Interpessoais”, as quais “[...] são essencialmente caracterizadas pela necessidade de ação humana de forma direta, envolvendo os momentos da oferta ou da proposta e o momento do aceite ou da nova proposta (contraproposta), ambas as ações demandam a ação humana e a respectiva declaração de vontade. [...] As contratações interpessoais são usualmente realizadas por troca de correspondência eletrônica (contrato “entre ausentes”), por meio de chats ou sistemas de mensageria instantânea (contrato “entre presentes”) e atualmente podemos também pensar nas situações envolvendo redes sociais e micro blogs

e assinado eletronicamente entre as partes por meio de sistema ou software por elas livremente escolhido e até mesmo por meio de Termos e Condições entabulados eletronicamente entre as partes, de forma sistemicamente automatizada ou não, desde que depreendida a declaração negocial de contratar, expressa ou tacitamente, segundo os ditames da lei civil.

Nesta perspectiva, os Contratos Eletrônicos, por serem juridicamente contratos, também são considerados existentes, válidos e eficazes quando verificada a emissão de declaração negocial livremente exteriorizada, depreendida dos meios eletrônicos. Esta conclusão também encontra respaldo no princípio da equivalência funcional entre os suportes físicos e eletrônicos dos contratos, conforme explicação de Fábio Ulhoa Coelho:

Pelo princípio da equivalência funcional, afirma-se que o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel. Aceita essa premissa, não há razões para se considerar inválido ou ineficaz o contrato só pela circunstância de ter sido registrado em meio magnético. Do princípio da equivalência funcional decorre a regra de que nenhum ato jurídico pode ser considerado inválido pela só circunstância de ter sido celebrado por transmissão eletrônica de dados. O suporte virtual, em outros termos, não pode servir à invalidação do contrato, porque não aumenta as incertezas apresentada por determinado negócio jurídico (COELHO, 2011, p. 56).

No caso dos Contratos Eletrônicos, portanto, as declarações negociais são manifestadas pela via eletrônica, sendo esta entendida como o ambiente cibernético de troca de dados por meio do qual as manifestações de vontade navegam ao encontro de uma com a outra, perfazendo o Contrato Eletrônico¹¹.

Neste mesmo sentido, explica Erica Brandini Barbagalo, *in verbis*:

[...] a distinção entre contrato eletrônico e contrato tradicional está no meio utilizado para a manifestação das vontades e na instrumentalidade do contrato – o que assegura aos contratos eletrônicos características peculiares – definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de

(v.g. Twitter) que dependendo da forma com que é utilizado poderá ser configurada como contrato “entre presentes” ou “entre ausentes” (REBOUÇAS, 2018, p. 41).

¹¹ Estão excluídos deste conceito, portanto, os contratos celebrados pela forma física e assinados de forma manuscrita e que forem escaneados ou “digitalizados”. Estes instrumentos não são eletrônicos em essência, mas as suas vias digitalizadas podem ser usadas para algum expediente eletrônico.

vontade por computadores interligados entre si (BARBAGALO, 2001, p. 08).

No que tange à prova do Contrato Eletrônico, fazemos alusão ao art. 225 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão (BRASIL, 2002).

O referido dispositivo é claro, portanto, ao estatuir que a reprodução eletrônica de fatos e coisas fazem prova plena destes, ressalvado a prerrogativa de impugnação da parte contra quem a reprodução eletrônica foi oposta.

O Enunciado 297 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal também referendou o valor probante dos documentos eletrônicos ao estatuir que: “[...] o documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada”.

O Código de Processo Civil (CPC/15) regulou a matéria dispondo, nos termos do art. 441, que: “[...] serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”. Do mesmo modo, o art. 369 do diploma processual dispõe que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Não podemos deixar de mencionar, ainda, o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, previsto no art. 371 do CPC/15, segundo o qual este pode apreciar livremente as provas, de modo a formar seu entendimento (BRASIL, 2015)¹².

A 3ª Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial 1495920/DF, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não somente reconheceu a validade do documento eletrônico, como também a sua força executiva. Abaixo transcrevemos trechos da ementa do mencionado julgado, os quais mostram-se fundamentais para o presente artigo:

¹² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015).

3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual.

4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico.

5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados.

6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. (STJ, Terceira Turma, REsp 1495920, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 15/05/2018, publicado no DJe 07/06/2018 (RT vol. 994 p. 822)).

Há outros julgados de tribunais estaduais no mesmo sentido¹³.

13 Apelação nº 1.002406.1322160/002, julgada pela 16ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgamento realizado em 19/12/2007. MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível AC 1.002406.1322160/002 Belo Horizonte. (16ª Câmara Cível). Relator: Nicolau Masselli. Data de julgamento: 19 dez. 2007. Ação cobrança. Prestação de serviços educacionais. Contrato eletrônico. Relação jurídica demonstrada. O contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, de maneira que o instrumento contratual firmado por meio eletrônico é apta a demonstrar a relação jurídica entre as partes. **Diário de Justiça**, 15 fev. 2008. TJSP, Apelação Cível 1003345-75.2020.8.26.0318; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Leme - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/04/2021. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível AC 1003345-75.2020.8.26.0318. (22ª Câmara de Direito Privado). Relator: Alberto Gosson. Data do julgamento: 08 abr. 2021. Ação monitória. Contrato bancário. Para o ajuizamento do pedido monitório faz-se necessária a apresentação de documento previamente apurado, líquido, exigível, sem força executiva, Inocorrência de cerceamento de defesa. Prova pericial que é desnecessária à solução do mérito, cujo teor abrange questão exclusivamente de direito. Diante da presença do instrumento contratual e do demonstrativo de cálculo, que indica com clareza o valor e a evolução da dívida, com a liquidez necessária para embasar a ação monetária, deve ser mantida a R. sentença que rejeitou os embargos e acolheu o pedido monitório. Celebração do empréstimo mediante terminal de autoatendimento que não pode ser utilizada, por si só, como elemento para obstar a exigibilidade do crédito tomado pelo correntista, que se beneficiou da quantia recebida por meio de transação realizada com chip dotado de senha intransferível. Tomadora que, no momento da contratação, obteve todas as informações referentes a juros remuneratórios, com exposição detalhada

Neste contexto, é ponto pacífico no direito brasileiro que os Contratos Eletrônicos consistem em negócios jurídicos plenamente válidos e eficazes, sendo admitida a sua prova por documentos eletrônicos que os consubstanciam.

Contudo, o tema se reveste de maior complexidade quando nos debruçamos sobre os aspectos relacionados à exteriorização da declaração negocial pelas partes contratantes e seu alcance e eficácia nos Contratos Eletrônicos, como passaremos a expor.

2. DECLARAÇÃO NEGOCIAL E FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como negócio jurídico que são, os Contratos Eletrônicos exigem a presença de ao menos uma declaração negocial. Isso porque, “[...] não há negócio jurídico que não tenha em seu suporte fático pelo menos uma declaração de vontade” (AZEVEDO, 1986, p. 16).

As referidas declarações devem ser destinadas à produção de efeitos jurídicos concretos. Neste sentido, os efeitos jurídicos não devem ser constatados a partir da vontade íntima do sujeito emissor da declaração, tampouco da declaração isoladamente, mas sim em razão do cotejo da referida declaração no contexto social em que fora lançada, de modo que seja “[...] socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos” (AZEVEDO, 1986, p. 21).

Com efeito, diversamente do que pensam os autores adeptos da teoria da vontade ou voluntarista, em que o negócio jurídico é visto como um ato de vontade interna do sujeito (MONTEIRO, 1966, p. 183)¹⁴, assim como em contraposição aos autores adeptos da teoria da declaração ou objetivista (AZEVEDO, 2013, p. 10)¹⁵, que sustentam que a

do número de parcelas e de seus termos inicial e final, o que evidencia, à luz da boa-fé objetiva, o seu consentimento informado em tornar-se mutuário. Os contratos eletrônicos expressam modalidades previstas em leis (contratos nominados ou contratos típicos) ou modalidades permitidas pelo princípio da liberdade contratual, os denominados contratos inominados ou atípicos, sendo certo que os contratos eletrônicos não constituem uma modalidade contratual per se. Os contratos podem ser veiculados por meio eletrônico desde que entabulados dentro das balizas modeladas pelo respeito as normas cogentes, aos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico, e tal forma de expressão e comunicação lhes assegura os atributos de existência, validade e eficácia no âmbito do ordenamento jurídico com respeito aos requisitos básicos de: livre manifestação da vontade, presença de dois ou mais sujeitos de direito, capacidade civil e legitimação para o ato que está sendo praticado. Prescrição quinquenal (art. 206, § 5º, I, CC). Inexistência. Empréstimo que foi tomado e, 23/11/2018, com a demanda ajuizada em 01/10/2020. Capitalização de juros em periodicidade inferior à anual. Tabela Price. Possibilidade. Contratos bancários firmados na vigência da Medida Provisória n.º 1.963.17/2000, reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada. Jurisprudência do colendo do STJ. Entendimento do excelso STF. Suficiência da previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal para autorizar a cobrança da taxa efetiva anual contratada (Súmula n.º 541 do STJ). Recurso desprovido. **Diário de Justiça**, 08 abr. 2021.

14 Boa parte da tradicional doutrina de direito civil nacional, ao definir o negócio jurídico, faz menção à vontade. É o caso, por exemplo, de autores como Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 1966, p. 183).

15 Antônio Junqueira de Azevedo faz a seguinte referência à teoria objetivista, in verbis: “[...] segundo Scognamiglio, as primeiras concepções do negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista e que, portanto, o encararam de forma

declaração deve prevalecer sobre a vontade interna, o enfoque deve se dar na declaração “[...] vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos” (AZEVEDO, 2013, p. 16).

Logo, a declaração que deve se fazer presente no negócio jurídico é qualificada, assumindo, pois, a natureza de declaração negocial (MARTINS-COSTA, 2015)¹⁶. Sobre esse ponto, explica Antônio Junqueira de Azevedo:

Percebe-se, assim, que a declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, não é qualquer declaração de vontade; há de ser uma hipótese específica. Poder-se-ia dizer, num primeiro momento, com a teoria voluntarista do século passado, que o que a distingue é o fato de o sujeito visar diretamente obter efeitos jurídicos. Acontece, porém, que, para obter ‘efeitos jurídicos’, deve o sujeito atuar dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade. Segue-se daí que essa declaração de vontade – declaração negocial – passa a se distinguir das demais, não pela vontade do sujeito, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida (AZEVEDO, 1986, p. 20).

A declaração negocial, quanto à forma, pode ser expressa, tácita ou presumida. Segundo a doutrina tradicional, será expressa quando as partes contratantes se utilizem de qualquer veículo para exteriorizá-la no mundo civil, por palavras, escritas ou orais, e até mesmo por mímica (VENOSA, 2003, p. 512), desde que o sujeito se exprima por um gesto tradutor de seu querer. Por outro lado, será tácita a declaração negocial quando surgem

mais objetiva foram as de Brinz e Thon; ambos viram, no negócio, antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade. Posteriormente, o ataque às concepções tradicionais agravou-se com o debate entre a teoria da vontade (*willentheorie*) e a teoria da declaração (*erklarungstheorie*); embora tal assunto, nesta obra, seja desenvolvido mais adiante, porque diz respeito diretamente a qual papel atribuir à vontade no negócio jurídico, não podemos deixar de apontar, desde agora, que os partidários da teoria da declaração, mesmo admitindo que, nas situações normais, o negócio jurídico corresponde à vontade, ao defenderem, por uma proteção ao comércio jurídico, a predominância da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva, em caso de divergência entre ambas, abriram larga brecha para que o negócio jurídico deixasse de ser visto como um ato de vontade” (AZEVEDO, 2013, p. 10).

¹⁶ O conceito de declaração negocial está em sintonia com a teoria da confiança, adotada pelo Código Civil de 2002, que superou a teoria da vontade e a teoria da declaração. Nesse sentido, expõe Judith Martins-Costa, que: “[...] as regras centrais estão nos arts. 112, 113 e 114 do Código Civil. Pela primeira foi acolhido, como já se viu, a Teoria da Confiança, um meio termo entre a Teoria da Vontade e a Teoria da Declaração, razão pela qual a atenção do intérprete deverá estar voltada à intenção tal qual exteriorizada, buscando-se o sentido da declaração em vista de um determinado contexto, fático e normativo. No art. 113 está o direcionamento aos elementos contextuais. Consequentemente, ao menos *prima facie*, o sentido da manifestação há de ser obtido não apenas pela sua literalidade, mas na correspondência a padrões de correção e lealdade (*boa-fé*) e ao que é usual no específico setor em que situado o negócio jurídico” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 499-500).

do comportamento, atos e fatos dos contratantes VENOSA, 2003, p. 512). Poderá, ainda, ser presumida a declaração de vontade quando, em não sendo expressa, a lei deduz do comportamento do sujeito (AZEVEDO, 1986)¹⁷, como ocorre nos casos de presunção de pagamento arts. 32218, 323, e 324 do Código Civil ou com a presunção de remissão, conforme art. 387 do Código Civil (NANNI, 2014, p. 40).

Conclui-se, portanto, que o consentimento do sujeito, em superação às antigas teorias da vontade e da declaração, é aferido a partir da declaração negocial, que, por sua vez, consiste na declaração que, no contexto negocial e social em que foi emitida, gera a crença social de que está plenamente apta a produzir determinados efeitos jurídicos. O conceito da declaração negocial tem por pressuposto um elemento objetivo, que é a sua recepção, no ambiente social em que foi veiculada, como instrumento hábil a transmitir um significado negocial.

Trazendo os conceitos acima para a prática empresarial dos Contratos Eletrônicos, temos que estes também serão depreendidos das declarações negociais veiculadas pela modalidade eletrônica, sendo certo que inexistente no Direito brasileiro qualquer proibição para esta forma de veiculação da declaração negocial. Neste mesmo sentido, Ana Paula Gambogi Carvalho assim se pronuncia:

O Direito brasileiro não possui qualquer preceito que proíba a declaração da vontade transmitida por meios digitais. Não havendo, portanto, norma proibitiva, as vontades das partes podem ser produzidas e/ou transmitidas eletronicamente. A questão da declaração da vontade automatizada encontra no Direito brasileiro a mesma resposta oferecida pelo Direito alemão: mesmo a declaração de vontade produzida por um computador tem a sua origem em um comando humano, sendo, portanto, perfeitamente válida (CARVALHO, 2001, p. 63).

A título de exemplo, quando as partes optam por negociar, gerar e assinar eletronicamente um contrato através de um *software* escolhido por elas é ponto pacífico que temos um Contrato Eletrônico vinculante e revestido de exigibilidade. A mesma

¹⁷ Como a lei deduz objetivamente do comportamento do sujeito uma declaração com significado, alguns autores entendem que a declaração negocial presumida, na verdade, está abrangida na declaração negocial tácita. (AZEVEDO, 1986, p. 18-19).

¹⁸ “Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. [...] Art. 323. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos”. [...] “Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”. [...] ¹⁸ “Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida” (BRASIL, 2002).

conclusão será para os Contratos Eletrônicos paritários consentidos livremente por meio de um *click* em que o usuário-cliente concorda com os Termos e Condições veiculados em sistema eletrônico ou pelo *website* do fornecedor para a consumação de uma determinada operação.

A respeito dos documentos celebrados por meio de lançamento de assinaturas eletrônicas (LOTUFO, 2004)¹⁹, a Medida Provisória n.º 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), Medida Provisória (MP) n.º 2.200, regulamentou o tema, estabelecendo em seu art. 10, § 1º, o processo específico de certificação digital pública da ICP-Brasil, como também a possibilidade de metodologia de certificação privada, nos termos do § 2º, que é claro ao dispor que:

[...] o disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Somado a isso, o Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 219, *caput*, que “[...] as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Dessa forma, em razão do revestimento legal conferido às assinaturas eletrônicas no âmbito do ICP-Brasil à luz da MP n.º 2.200, é possível afirmar que a lei conferiu presunção relativa no que tange à autenticidade do documento assinado eletronicamente. Isso significa que faz prova em favor de quem alega, cabendo a quem arguir a sua falsidade o ônus de provar a irregularidade apta a macular o negócio jurídico pactuado.

Logo, admite-se (BRASIL, 2006)²⁰ no direito brasileiro a celebração de contratos por meio de assinaturas eletrônicas pelos métodos de certificação digital pública e privada, sendo que, neste último caso, é recomendável que as partes reconheçam expressamente tal procedimento para mitigar eventual questionamento relacionado ao documento eletrônico.

No que tange à formação dos contratos em geral, segundo a regra geral do Código Civil de 2002, esta se dá quando se verifica a convergência entre declarações que materializem proposta e aceitação. Assim, consoante art. 427 do Código Civil de 2002: “[...]”

¹⁹ Renan Lotufo explica que a palavra “[...] assinar vem do latim *assignare*, que significa pôr um sinal, marcar com seu nome ou sinal” (LOTUFO, 2004, p. 577).

²⁰ Corroborar com tal observação o fato de a assinatura eletrônica ser um expediente utilizado no âmbito do próprio Poder Judiciário, no contexto do processo eletrônico, nos termos da Lei n.º 11.419/2006, que cria o chamado “processo eletrônico” (BRASIL, 2006).

a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Especificamente nas relações jurídicas entre ausentes, regula a lei, nos termos do art. 428, II, que a proposta deixa de ser obrigatória, quando enviada sem prazo fixado para resposta, se “[...] tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente [...]”; ou, se fixado prazo para resposta, segundo o art. 428, III, “[...] não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado”. Caso a aceitação tenha sido realizada fora do prazo, ou tenham sido requeridas adições, restrições ou modificações, esta será considerada nova proposta a ser avaliada pelo proponente original, agora oblato. Este é o teor do art. 431 da Lei Civil (BRASIL, 2002)²¹.

Emblemático, vale dizer, o teor do art. 432 (BRASIL, 2002)²², que prevê o aperfeiçoamento do contrato nos negócios em que não seja costume a aceitação expressa, caso a recusa à proposta não tenha chegado a tempo.

Pois bem. Feito este apanhado jurídico-dogmático acerca da formação dos contratos em geral, pensemos na situação em que um fornecedor envia uma proposta de venda de um determinado bem por correio eletrônico, acompanhada de um instrumento eletrônico com Termos e Condições, ao seu potencial cliente que, por sua vez, aceita expressamente a proposta e os Termos e Condições, fato este que o proponente tomou inequívoco conhecimento. Neste caso temos a formação de um Contrato Eletrônico perfeito e acabado, materializado em correios eletrônicos, com incidência direta dos arts. 10723, 427 e 434, *caput*, do Código Civil de 2002.

Do mesmo modo, quando um determinado cliente ingressa no *website* de seu fornecedor, mediante *login* e senha a ele disponibilizado, aceita os Termos e Condições como condição prévia à realização de uma compra e ao final pratica os atos de consumação da operação, também temos o aperfeiçoamento de um Contrato Eletrônico entre as partes.

Os exemplos acima ilustram típicos casos de negócios jurídicos estabelecidos mediante a veiculação de declarações negociais expressas, ou seja, os agentes econômicos

21 Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta (BRASIL, 2002).

22 Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa (BRASIL, 2002).

23 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. [...] Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. [...] Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: [...]. (BRASIL, 2002).

envolvidos na operação aceitaram inequivocamente os termos dos documentos eletrônicos que consubstanciaram o Contrato Eletrônico.

O tema adquire novos contornos, quando passamos a explorar hipóteses de Contrato Eletrônico entabulado por meio de declarações negociais tácitas, isto é, depreendidas dos atos e comportamentos das partes convenientes. Tomemos o mesmo exemplo em que um fornecedor envia um correio eletrônico com conteúdo de proposta de venda de determinado bem a seu potencial cliente, fazendo referência expressa e anexando um instrumento eletrônico com Termos e Condições ao e-mail, sendo que, neste caso, o cliente não responde à oferta consubstanciada no correio eletrônico, mas prossegue operacionalmente com o negócio, realizando o pagamento e consumindo o produto que fora fornecido. Podemos afirmar categoricamente que um Contrato Eletrônico se formou? Em que extensão? Tais questões não são triviais²⁴.

Temos a percepção que a situação retratada no referido exemplo retrata uma relação jurídica de compra e venda, com incidência das regras inderrogáveis que incidem no regime jurídico deste contrato típico. Isto porque, verifica-se a presença dos elementos essenciais categoriais deste negócio jurídico (AZEVEDO, 2013)²⁵, a saber, preço, coisa e consentimento, este materializado com a execução efetiva dos atos correspondentes à realização do negócio jurídico pelas partes, notadamente a fabricação e entrega da coisa, mediante contraprestação pecuniária (pagamento do preço). Neste sentido, pois, teria o comprador, parte de um contrato comutativo sobre uma coisa, os direitos e garantias correspondentes, a exemplo da garantia dos vícios redibitórios, nos termos do art. 441²⁶ do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Porém, com relação aos Termos e Condições, a vinculação ao instrumento depende de algumas premissas, especialmente a compreensão da existência de declaração negocial, expressa ou tácita, também endereçada à aceitação dos referidos Termos e Condições; e das circunstâncias negociais, ou seja, a configuração de um ambiente social do qual seja

²⁴ Embora relevante para análise jurídica do caso concreto, não analisaremos as questões relativas à representação das partes envolvidas, aplicabilidade ou não da teoria da aparência e demais questões correlatas.

²⁵ Esclarecedora é a explicação de Antonio Junqueira de Azevedo acerca dos elementos categoriais, conforme trecho de sua obra que passamos a transcrever: “[...] os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e jurisprudência constroem. Na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de natureza de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir a categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou derogáveis” (AZEVEDO, 2013, p. 35).

²⁶ Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor (BRASIL, 2002).

possível depreender a declaração destinada à produção de efeitos jurídicos também em relação aos Termos e Condições.

No exemplo hipotético acima apresentado, seria plausível esperar que o comprador, caso tenha interesse jurídico em desvencilhar-se do vínculo em relação ao instrumento de Termos e Condições, alegue que jamais consentira com o referido documento eletrônico, já que não teria veiculado qualquer declaração negocial especificamente destinada à aceitação do referido instrumento.

Contudo, embora silente em relação à concordância aos termos do instrumento, se a prática de Termos e Condições for algo inerente ao mercado do produto comercializado (BRASIL, 2002)²⁷, sendo de amplo conhecimento de seus participantes que recorrentemente adotam este modelo transacional, não sendo o costume estabelecido no ambiente negocial a obtenção de uma concordância expressa, seria possível sustentar a formação, e consequente vinculação, pelo comprador, a todas as disposições constantes do instrumento de Termos e Condições que serviram de base para a referida operação de compra e venda, já que emitira uma declaração negocial tácita destinada à produção de efeitos jurídicos, consubstanciada na prática de atos de consumação da compra e venda, em toda sua extensão e características, dado o ambiente em que a operação foi estabelecida. A ausência de objeção do comprador ao instrumento a ele direcionado também representaria fator importante para estender-lhe a vinculação aos termos previstos nos Termos e Condições.

A este respeito, vale dizer que o Código Civil de 2002 indica a possibilidade de o silêncio caracterizar anuência “[...] quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa [...]”, nos exatos termos do art. 111 do referido diploma legislativo. No mesmo sentido, o art. 432., dispõe que: “[...] se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Neste sentido, Rodrigo Fernandes Rebouças indica a possibilidade de silêncio “[...] como comportamento contundente e representativo da declaração de vontade na contratação eletrônica, especialmente nas situações de contratos intersistêmicos e interpessoais” (REBOUÇAS, 2018, p. 140).

Evidentemente, o alcance das declarações negociais de vinculação aos Termos e Condições, especialmente àquelas definidas como tácitas, estão adstritas aos ditames legais. Sendo instrumentos tipicamente de adesão, serão inválidas as cláusulas que

²⁷ O Art. 113, § 1º, inciso II, orienta a interpretação dos negócios jurídicos quando corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio (BRASIL, 2002).

impliquem renúncia de direitos do aderente-aceitante resultantes da natureza da operação, consoante art. 424 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)²⁸. Do mesmo modo, em caso de ambiguidade ou contradição dos Termos e Condições, “[...] dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente [...]”, nos termos do art. 423 do mesmo diploma legal (BRASIL, 2002)²⁹. Por fim, disposições insertas nos Termos e Condições que, pela sua natureza, exijam a declaração expressa, também poderão ter a sua validade e eficácia questionadas pela parte interessada, nos termos dos supramencionados arts. 11130 e 432 do Código Civil de 2002.

3.CONCLUSÃO

Em suma, os Contratos Eletrônicos assumiram grande relevância no contexto da sociedade atual, caracterizado pela transformação digital. São instrumentos jurídicos largamente utilizados na prática empresarial, possuindo importância estrutural na viabilização de negócios jurídicos no ambiente digital.

Com o infeliz advento da pandemia da COVID-19, a prática dos Contratos Eletrônicos foi substancialmente impulsionada, tendo em vista a impossibilidade de interação presencial entre as partes contratantes.

Os Contratos Eletrônicos se revestem da natureza jurídica de contratos em geral e se materializam quando depreendidas declarações negociais para a formação do vínculo jurídico. As declarações são exteriorizadas pela forma eletrônica, como manifestação do princípio da liberdade das formas. As declarações, por sua vez, podem ser expressas ou tácitas, mas sempre depreendidas por documentos veiculados em ambiente eletrônico.

Enquanto meio de prova, é pacífica admissibilidade dos documentos eletrônicos para a prova da existência do contrato, nos termos do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 2015. A respeito da assinatura eletrônica, esta pode ser utilizada e lançada por meio de certificação pública ou privada, observadas as condições previstas na MP n.º 2.200, que disciplina o regime jurídico dos documentos eletrônicos, visando a sua integridade e autenticidade.

Os Contratos Eletrônicos podem se formar por diversas maneiras, a exemplo: de troca de correios eletrônicos; utilização de *software*; estabelecimento de Termos e

28 Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (BRASIL, 2002).

29 Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (BRASIL, 2002).

30 Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. [...] Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa (BRASIL, 2002).

Condições; dentre outros, sempre por meio da forma eletrônica, sendo que as declarações negociais podem ser veiculadas nas formas: expressa; ou tácita, contanto que observados os institutos e princípios gerais do direito civil relativos à formação dos contratos em geral. O alcance das declarações dependerá de uma série de fatores, notadamente as circunstâncias negociais, como abordado no presente artigo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [S.I.], 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de rede de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, Vol. III**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232), Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

NANNI, Giovanni. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia provada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 88-110, jul./set. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OS EFEITOS EXTRAFISCAIS DO IPI E O IMPACTO NA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS: UMA ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 705.423/SE E 1.288.634/GO

TOMÁS IMBROISI MARTINS:

Pós-graduado lato sensu em Ciências Jurídicas com ênfase em atividade de Magistratura Estadual pelo Centro Universitário UniProjeção e CPIURIS (Ago/2020). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (Dez/2014). Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, desde 7/1/2016. Servidor Público do Tribunal Regional Federal 1ª Região.

RESUMO: A intervenção do Estado na economia, como cediço, é sempre uma tarefa delicada e que envolve inúmeros preceitos constitucionalmente previstos. Com a crise econômica mundial de 2008, o Brasil adotou medidas fiscais de intervenção na Ordem Econômica, a fim de minimizar os impactos sofridos pelo mercado interno. As políticas praticadas pelo Governo Federal basearam-se, principalmente, em desonerações sobre alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados, em virtude de sua função extrafiscal. Contudo, por parcela do produto da arrecadação do IPI ser destinada aos Municípios, via Fundo de Participação dos Municípios, esses entes subnacionais tiveram parte de sua autonomia financeira abalada, um dos pilares do federalismo fiscal cooperativo da Carta Magna. Este trabalho analisa a constitucionalidade das medidas desonerativas realizadas pelo Governo Federal à luz das razões trazidas pelo Recurso Extraordinário nº 705.423/SE, o primeiro a ter a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a necessidade de harmonização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.288.634/GO.

Palavras-chave: Indução na Ordem Econômica; Crise de 2008; Federalismo Cooperativo; Autonomia Financeira; Função Extrafiscal da Tributação; Repartição de Receitas Tributárias; Transferências Intergovernamentais; Fundo de Participação dos Municípios.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Definição e Tipos de Tributos. 1.2 Histórico e Evolução do IPI até a Constituição Federal de 1988 e suas características. 1.3 Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar Aplicáveis. 1.4 Função Extrafiscal do IPI. 2. HISTÓRICO DE DESONERAÇÕES DO IPI PELO GOVERNO FEDERAL E SEUS FUNDAMENTOS. 2.1

Conceito e Mecanismos de intervenção do Estado na Economia. 2.2 Indução na Tributação e Desoneração. 2.3 Crise de 2008 e o Histórico de Desoneração do IPI. 3. AVALIAÇÃO DAS DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS DO IPI E SUAS REPERCUSSÕES. 3.1 Aspectos Positivos. 3.2 Controvérsias. 4. COMPROMETIMENTO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E O RE 705423/SE. 4.1 Relatório da Caso. 4.2 Da Constitucionalidade das desonerações do IPI realizadas pelo Governo Federal. CONSIDERAÇÕES FINAIS E O RE 1.288.634/GO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O Direito Tributário, devido à sua função primordial de regular as relações entre o Estado e os indivíduos, é um ramo do Direito de notória importância e complexidade. Isso ocorre devido à constante ponderação entre os interesses estatais, de obtenção de recursos para permitir o funcionamento do Estado como um todo, e os interesses individuais, de ter sua tributação minimizada. Dessa forma, qualquer intervenção do Estado na esfera patrimonial dos indivíduos deve ser justificada por finalidades constitucionalmente previstas, tais como a concretização de direitos individuais e sociais, a consecução dos serviços públicos, a regulação da Ordem Econômica, dentre outros.

Em 2008, como cediço, os Estados Unidos passaram por uma crise econômica intensa, devido à grande especulação imobiliária gerada pelas hipotecas *subprime*. Em razão da posição central ocupada pelo país na economia global, aquela repercutiu internacionalmente, inclusive no Brasil.

O Governo Federal, no intuito de minimizar as repercussões da crise no mercado interno, adotou medidas fiscais anticíclicas, baseadas na concessão de incentivos fiscais no intuito de fomentar o consumo familiar e o investimento industrial. Estes incentivos compuseram-se, basicamente, de desonerações de alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidentes sobre automóveis e sobre bens de consumo da linha branca.

Contudo, parcela da arrecadação do produto do IPI integra o Fundo de Participação dos Municípios, a título de transferência intergovernamental constitucionalmente prevista. Assim, os entes subnacionais recorreram ao Poder Judiciário no intuito de impedir que as desonerações recaíssem sobre sua parcela e somente incidissem sobre o montante destinado à União. Ganhou destaque, dentre esses pleitos judiciais, o Recurso Extraordinário 705.423/SE, interposto pelo Município de Itabi/SE, o primeiro a ter sua repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo, portanto, analisa as desonerações realizadas pelo Governo Federal, em virtude das grandes repercussões que o julgamento do recurso alhures mencionado trouxe à República Federativa do Brasil, notadamente nos âmbitos econômico, tributário e social.

Diante desse cenário, o primeiro capítulo analisa as características do Imposto sobre Produtos Industrializados no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de compreender sua natureza jurídica e suas especificidades, as quais foram determinantes para o Governo Federal escolhê-lo quando da implementação das medidas fiscais de intervenção na economia.

Nessa esteira, o segundo capítulo traz as desonerações fiscais realizadas sobre o imposto desde a crise de 2008, observando quais são as formas e fundamentos constitucionais para intervenção do Estado na Ordem Econômica. Ganha destaque, nesse contexto, a força indutiva da tributação por intermédio da função extrafiscal do IPI, utilizada como fomento para o consumo familiar, bem como para evitar qualquer redução de produção nos setores industriais de automóveis e bens de linha branca.

O terceiro capítulo pondera acerca dos aspectos positivos das medidas governamentais adotadas e avalia o quanto elas foram capazes de minimizar os impactos na economia interna, apesar das limitações de estudos em os precisar. Ainda, discute-se acerca das controvérsias oriundas das desonerações.

Por sua vez, o quarto capítulo trata, em específico, do Recurso Extraordinário nº 705.423/SE, relatando todo o processo e os argumentos trazidos pelas partes, ponderando-os sob o regramento constitucional específico destinado aos institutos jurídicos vergastados. Conclui-se, ao final, pela constitucionalidade das medidas desonerativas realizadas pelo Governo Federal.

Por fim, nas considerações finais, apesar de se ter afirmada a constitucionalidade da incidência das desonerações das alíquotas do IPI sobre a parcela destinada aos Municípios, é posta em discussão a possibilidade de fragilização do sistema federativo cooperativo encartado na Constituição Federal de 1988, em virtude do forte abalo na autonomia financeira dos entes subnacionais.

Nessa toada, notadamente em razão do reconhecimento de Repercussão Geral nº RE 1.288.634/GO (Tema 1.172) em 30/9/2021, apresentam-se as possíveis ponderações que a Suprema Corte deverá realizar entre os princípios constitucionais presentes, *in casu*, na ocasião do novo julgamento da questão.

1.IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Definição e Tipos de Tributos

O Estado, como organização política, tem como finalidade precípua a consecução do interesse público; noutros termos, a realização das necessidades dos administrados, bem como a manutenção das estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Para tanto, o Estado necessita de recursos, os quais podem ser obtidos de 3 maneiras, basicamente: emissão de moeda, endividamento por intermédio de empréstimos e tributação.

De acordo com Alexandre Marques da Silva Martins³¹, a emissão de moeda consiste justamente na produção de recurso monetário sem que haja o correspondente aumento de saldo, isto é, o lastro fundiário, de maneira que o dinheiro em circulação perde seu valor, em um fenômeno conhecido como inflação. Isso ocorre porque o aumento de moeda sem o respectivo aumento de riqueza faz com que o valor do dinheiro em mãos da sociedade perca o poder de compra com a desvalorização da moeda. Por sua vez, a aquisição de empréstimos é a obtenção de recursos perante terceiros, de forma que, cedo ou tarde, o valor obtido deverá ser restituído, acrescido de juros e correção monetária, afetando o orçamento de governos subsequentes. Por fim, a tributação, receita pública derivada oriunda de patrimônio de particulares, é o principal meio de arrecadação financeira do Estado nos dias atuais.

Tributação é o meio pelo o qual o Estado arrecada os tributos, os quais encontram definição no art. 3º, do Código Tributário Nacional (CTN), *in verbis*:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Percebe-se, dessa forma, que tributo é uma obrigação de dar prestada em dinheiro, a qual é exigível independentemente da aquiescência do sujeito passivo, haja vista ser oriunda de norma imperativa, geral e cogente. É satisfeita usualmente em moeda corrente ou em qualquer outro meio permitido pela legislação ordinária, não podendo constituir sanção por ato ilícito, visto que configuraria multa, a qual é a sanção pecuniária por prática de ato ilícito.

Ainda, deve ser instituído mediante lei, pois, nos termos do art. 150, I, da Constituição Federal³² (CF), esta a é fonte formal e material da obrigação tributária. Por fim, visto que a tributação representa atividade restritiva de direitos, deve ser exercida pela

31 MARTINS, Alexandre Marques da Silva. **Subsídios tributários e Organização Mundial do Comércio: uma relação difícil**. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 9, n. 53, p. 99- 142, set./out. 2011.

32 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Administração Pública, sem qualquer margem de discricção do agente público, o qual apenas deve executar os mandamentos legais previstos na CF, na legislação tributária ordinária, bem como em instruções normativas e portarias, para proceder ao lançamento. Este, por sua vez, é o próprio ato de constituição do crédito tributário da Administração em face do particular.

Como cediço, tributo é gênero do qual fazem parte inúmeras espécies, previstas no Código Tributário Nacional. À luz do disposto do art. 4º do diploma mencionado, “a natureza específica de cada tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação”, não importando para sua especificação a denominação e demais características formais dadas pelo legislador, assim como a destinação da arrecadação prevista em lei. A distinção das espécies tributárias entre si é de suma importância para a aplicação do regime jurídico próprio e adequado, trazendo segurança jurídica aos contribuintes, de forma a evitar eventuais impropriedades do legislador, bem como impedindo exações tributárias ilegais do poder público.

Contudo, deve-se atentar que, segundo Leandro Paulsen, o critério estabelecido pelo CTN tornou-se insuficiente com o advento da CF/88, visto que “a CF atribui características distintas às diversas espécies tributárias com base em critérios que em muito desbordam da simples natureza dos possíveis fatos geradores.”³³ Verifica-se que a percepção correta da espécie tributária deve ocorrer a partir da análise de todos os critérios estabelecidos na legislação tributária, pois permite o controle das exigências formais e materiais para a instituição daquele tributo, ainda que criado com denominação errônea, e impede a burla das exigências legais, requalificando e ressignificando o tributo.

Da análise do Sistema Tributário, conclui-se que as espécies tributárias contidas no ordenamento jurídico pátrio extrapolam aquelas instituídas pelo art. 5º, do CTN, dado que a promulgação da Constituição Federal de 1988 aumentou o número de espécies, prevendo os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, em seu art. 145, bem como os empréstimos compulsórios, no art. 148, *caput*³⁵, e as contribuições sociais,

³³ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Pág. 34.

³⁴ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

³⁵ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

contidas nos arts. 14936 e 195. Para o estudo em questão, o foco será destinado aos impostos.

Os impostos são exações que incidem, obrigatoriamente, sobre manifestações de riqueza dos particulares, independentemente de qualquer contraprestação estatal³⁷. São instituídos tendo em vista o poder de império do Estado, desvinculados de qualquer atuação desse, observada a capacidade contributiva do contribuinte. Com isso, observa-se o caráter contributivo dos impostos, destinados a custear serviços universais e gerais, os quais não gozam de referibilidade.

Outrossim, com supedâneo no art. 167, IV, da Carta Magna, as receitas advindas do recolhimento dos impostos não podem ser previamente vinculadas ou destinadas a determinado órgão, fundo ou empresa, salvo exceções previstas na própria Constituição³⁸. Tal exigência é a consagração do princípio da não-afetação, o qual permite maior liberdade do administrador por ocasião da edição da lei orçamentária.

1.2. Histórico e Evolução do IPI até a Constituição Federal de 1988 e suas características:

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), cuja competência para instituição é privativa da União, à luz do disposto no art. 46, *caput*, do CTN c/c art. 153, IV, da CF, é a tributação incidente sobre “negócio jurídico que tenha por objeto bem ou mercadoria submetidos por um dos contratantes a processo de industrialização”³⁹.

Nos termos do art. 46 do CTN, deve ser considerado produto industrializado todo aquele que for “submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.” Por sua vez, o Decreto nº 7.212/2010, o qual regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do IPI, dispõe, em seu

36 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

37 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

38 Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, **ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;** (grifos nossos)

39 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Pág. 243.

art. 3º, que “Produto industrializado é aquele resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária.”

Ainda, de acordo com o disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 4.502/64, a qual dispôs sobre o Imposto sobre o Consumo, antecessor do atual IPI, industrialização é “qualquer operação de que resulte alteração de natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto”.

O marco inicial do IPI foi a Lei nº 4.502/64, a qual regulamentou o art. 15, da Constituição Federal de 1946. Desde esta Constituição Federal, a competência para a instituição do imposto é da União, incidindo sobre o consumo de produtos industrializados, nos termos da Tabela Anexa à respectiva lei. Esta tabela é a antecessora da atual Tabela de Incidência do IPI (TIPI).

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 18/65, a qual estruturou o Sistema Tributário Nacional, o antigo Imposto de Consumo passou a ser denominado Imposto sobre Produtos Industrializados. À luz do disposto no art. 11, parágrafo único, da EC nº 18/65, restou definido que o referido imposto é “seletivo em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nos anteriores.”

Dessa forma, o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, a qual foi recepcionada como Lei Complementar, nos termos do art. 19, § 1º, da Constituição Federal de 1967, delimitou os aspectos básicos do IPI, os quais foram complementados pelo Decreto-Lei nº 34/6640. Desde então, foi mantida a estrutura básica do IPI, bem como suas funções e finalidades, consoante observa o art. 153, IV, §§ 1º e 3º, da atual Carta Maior, *in verbis*.

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

IV - produtos industrializados;

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

40 O referido Decreto-Lei alterou definitivamente a nomenclatura do Imposto de Consumo para Imposto sobre Produtos Industrializados, consoante se observa em seu art. 1º. Ainda, este estabeleceu matéria importantes, tais como o fato gerador, isenções, lançamento, etc.

- I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;
- II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;
- III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.
- IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.”

Pelo dispositivo citado, o IPI, ou, tecnicamente, o sistema de alíquotas desse, será seletivo por determinação constitucional. O referido imposto terá suas alíquotas definidas de acordo com a essencialidade do produto⁴¹, considerando sua importância para a população em geral, visto que, notadamente, é imposto incidente sobre produtos ofertados para o consumo. Portanto, nota-se que os produtos essenciais têm suas alíquotas mais próximas a 0%, como é o caso dos calçados, pães, etc., enquanto produtos mais supérfluos possuem suas alíquotas elevadas, como o cigarro, em que o IPI incidente é de 300%.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátrias que o princípio ora debatido se efetiva pela comparação entre os produtos, variando a alíquota na razão inversa de sua imprescindibilidade para a população. Noutros termos,

“Como afirmado, é a alíquota o meio pelo o qual o princípio se realiza. E isso se dá, como ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “...pelo estabelecimento das alíquotas na razão inversa da necessidade dos produtos”, ou seja, à medida que o grau de essencialidade do produto aumenta, sua alíquotas devem necessariamente diminuir, e, quanto maior o grau de superfluidade ou ainda de nocividade do produto, maior devem ser as alíquotas estabelecidas. Esse entendimento é seguido pelo Supremo Tribunal Federal. Observem-se as palavras do Ministro JOAQUIM BARBOSA por ocasião do seu voto no Recurso Extraordinário n. 429.306-PR, da Segunda Turma, julgado em 01 de fevereiro de 2012: “O princípio da seletividade impõe que o poder público gradue a carga tributária conforme a essencialidade da operação ou do produto”.⁴²

⁴¹ Art. 48, do Código Tributário Nacional.

⁴² DALRI TIMM DO VALLE, Maurício. **O Princípio da Seletividade do IPI**. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_10475_10499.pdf>. págs. 10.477 e 10.478 Acesso em: 25/11/22.

Outrossim, verifica-se que a seletividade do IPI está intimamente relacionada com o princípio da capacidade contributiva, de modo a não onerar excessivamente aqueles produtos básicos para toda a população, com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana. Aquele princípio preocupa-se com a capacidade econômica do onerado em contribuir para a manutenção do Estado, concretizando de maneira efetiva a igualdade material no plano tributário, visto que aquela parcela da população que possui condição de tão somente adquirir produtos básicos para a própria subsistência deve ser tributada de forma menor, proporcionalmente, do que aqueles que têm condições de arcar com produtos menos essenciais.

Por sua vez, a não-cumulatividade, prevista no art. 153, II, da Constituição Federal, foi outro princípio de observância obrigatória imposta pelo Legislador Constituinte. Este princípio permite a compensação do que for devido em cada operação com custos já incididos em operações anteriores, com o fito de impedir a incidência em "cascata". Como a industrialização dos produtos normalmente ocorre em várias fases, sendo muitas delas operadas em estabelecimentos distintos, o legislador preocupou-se em evitar que haja cumulação de tributação nas operações em que a exação já incidiu, de sorte a impedir que haja a múltipla tributação da mesma base econômica. Assim, a alíquota do IPI prevista para aquele produto recai tão somente sobre o valor agregado adicionado à operação imediatamente anterior. Este é o entendimento que se extrai da leitura do art. 49, do CTN, *in verbis*.

"Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados".

A não-cumulação efetiva-se por intermédio do sistema de creditamentos. Consoante o lecionado pelo tributarista Leandro Paulsen⁴³,

"Quando da aquisição de insumo tributado pelo IPI, o industrial se credita do respectivo montante, deduzindo-o posteriormente do que vier a dever quando da saída dos seus próprios produtos industrializados. O creditamento independe do efetivo pagamento do montante devido na operação anterior. O industrial adquirente credita-se do valor de IPI simplesmente destacado na Nota. Ademais, a utilização dos créditos não está vinculada à saída da mercadoria em

⁴³ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, págs. 244 e 245.

que incorporado o insumo. Não se estabelece relação entre a entrada do insumo e a saída especificamente do produto final que o incorporou no processo de industrialização. Tal identidade é irrelevante. Trabalha-se, sim, por períodos em que se faz o creditamento do IPI relativo a todos os insumos, produtos intermediários e embalagens entrados no estabelecimento, procedendo-se à compreensão com o IPI devido pela saída de produtos finais no mesmo período.” (grifos no original)

Em relação ao sistema de creditamento, houve divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da (im)possibilidade do direito ao creditamento em relação aos insumos não onerados pelo IPI, em virtude de alíquota zero, isenção, imunidade ou não incidência, divergência esta pacificada por ocasião do julgamento do RE 566.819/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. No referido julgamento, restou pacificado o entendimento da impossibilidade de creditamento por força de insumo desonerado, visto que, para a sistemática da não-cumulação e do direito ao crédito, requer-se a efetiva oneração na operação de entrada. A Egrégia Corte também consolidou entendimento o qual impossibilitou o direito a crédito quando, ainda que os insumos tenham sido tributados, o produto final for desonerado. Dessa forma, qualquer crédito apropriado pelo industrial deve ser estornado, haja vista a impossibilidade da compensação do IPI com produto final não onerado.

A imunidade tributária concedida ao IPI, conforme se verifica no art. 153, § 3º, III, da Lei Maior, possui o intuito de facilitar a exportação de mercadorias, promovendo o superávit e o crescimento econômico. Contudo, há outras imunidades concedidas na Carta Magna não relacionadas com o estímulo à exportação, como as previstas nos arts. 150, VI, “d”; 153, § 5º e 155, § 3º, todos da Constituição Federal. Ainda, com a Emenda Constitucional nº 42/03, buscou o legislador derivado estimular o investimento de bens de capital, por força do inciso IV, do art. 153, da CF.

Analisadas as características do IPI contidas no texto constitucional, cumpre-nos tecer os contornos formais e materiais para a instituição do referido imposto. Tendo em vista ser a competência para a instituição do IPI da União, ela também é o sujeito ativo da relação tributária oriunda da formação do crédito tributário.

Com supedâneo no art. 51 do CTN, é considerado contribuinte do IPI: i) o importador ou quem a lei a ele equiparar; ii) o industrial ou quem a lei a ele equiparar; iii) o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior; e iv) o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Dessa forma, a União estará autorizada a proceder a cobrança do IPI, isto é, ocorrerá o fato gerador da obrigação tributária, quando o contribuinte incidir em algumas das hipóteses de incidência⁴⁴ elencadas nos incisos do art. 46, do CTN⁴⁵. Em relação às operações externas, ocorre o fato gerador quando do desembaraço aduaneiro do produto. Por sua vez, nas operações internas, o fato gerador é verificado quando da saída de produto do estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial.⁴⁶

Nos termos do art. 47, do CTN, a base de cálculo da referida exação é:

“Art. 47. A base de cálculo do imposto é:

I - no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do artigo 20, acrescido do montante:

- a) do imposto sobre a importação;
- b) das taxas exigidas para entrada do produto no País;
- c) dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;

II - no caso do inciso II do artigo anterior:

- a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;
- b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do

⁴⁴ O legislador refere-se, quase na totalidade das vezes, à expressão “fato gerador”. Deve-se esclarecer, contudo, que o correto seria a referencia à “hipótese de incidência”, haja vista esta ser a previsão legal geral e abstrata, na qual há a subsunção do fato gerador praticado pelo contribuinte, o qual faz surgir a obrigação tributária deste.

⁴⁵ Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

- I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
- II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
- III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

⁴⁶ É o que leciona o art. 35, do Decreto 7.212/10, *in verbis*:

Art. 35. Fato gerador do imposto é:

- I - o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira; ou
- II - a saída de produto do estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso I, considerar-se-á ocorrido o respectivo desembaraço aduaneiro da mercadoria que constar como tendo sido importada e cujo extravio ou avaria venham a ser apurados pela autoridade fiscal, inclusive na hipótese de mercadoria sob regime suspensivo de tributação

remetente;

III - no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação.”

Por fim, cumpre destacar que o crédito tributário oriundo da incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados é formalizado por meio do lançamento por homologação, tendo em vista que é o contribuinte, sujeito passivo da relação tributária, quem verifica a ocorrência do fato gerador, bem como procede ao cálculo do valor devido e ao seu recolhimento, tudo sem intervenção da autoridade administrativa. Cabe ao fisco tão somente proceder à homologação do tributo lançado, no caso correto. Deve-se salientar, contudo, que este pode agir de ofício no caso de não pagamento ou de lançamento a menor, procedendo ao lançamento correto, mediante processo administrativo fiscal, conforme o entendimento que se extrai da leitura do art. 21, da Lei nº 4.502/64.

1.3. Limitações Constitucionais Aplicáveis ao Poder de Tributar

Como sabido, o poder de tributação do Estado deve ser limitado, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material, a fim de evitar a oneração excessiva dos administrados e proporcionar-lhes segurança jurídica dado serem verdadeiras garantias dos contribuintes, bem como em decorrência do pacto federativo do Estado. São as chamadas Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (LCPT), previstas, de forma não exaustiva, nos arts. 150 a 152, da Carta Política.

As limitações são normas negativas de competência, funcionando como imunidades, e podem visar à assecuração da segurança jurídica, da justiça tributária, da liberdade ou da federação. Como o intuito desse estudo não é aprofundar as teses acerca das LCPT, vamos nos ater às que avalizam a segurança jurídica, as quais interessam para a devida compreensão do tema.

São princípios que visam à segurança jurídica a irretroatividade, a anterioridade e a legalidade. O primeiro, contido no art. 150, III, “a”, da CF, impede que os entes tributem fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que tiver instituído ou aumentado a exação. O Código Tributário Nacional também faz menção expressa ao referido princípio, em seu art. 105, ao dispor que “A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.” O IPI sujeita-se a esse princípio, visto que não há qualquer exceção constitucional à sua aplicação.

O princípio da anterioridade subdivide-se em anterioridade de exercício, previsto no art. 150, III, “b”, da CF, e em anterioridade nonagesimal, previsto nos arts. 150,

III, "a", e 195, §6º, todos da CF. Neste, resta garantido aos administrados o interregno de 90 (noventa) dias entre a publicação da lei instituidora ou majoradora da exação e sua incidência para a configuração de obrigações tributárias. Os tributos os quais não se sujeitam à aplicação desse princípio estão contidos no art. 150, § 1º, da CF, dentre os quais não se encontra as alíquotas do IPI.

O princípio da anterioridade do exercício, por sua vez, é aquele que veda a cobrança de tributos, por parte dos entes tributantes, no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei instituidora ou majoradora. Isto é, os contribuintes somente podem ser cobrados por tributos cuja lei foi publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior.

Precisa é a lição de Kiyoshi Harada, em seu livro "Direito Financeiro e Tributário", na qual assevera que

"Esse princípio da anterioridade constitui, a nosso ver, uma garantia fundamental, insusceptível de supressão via emenda constitucional. De fato, o Estado tem a faculdade de criar novos tributos ou majorar os existentes quando quiser, mas sua cobrança fica diferida para o exercício seguinte ao da publicação da lei que os instituiu ou aumentou. Logo, em 31 de dezembro de cada exercício, o Estado esgota seu poder tributário potencial para criar ou aumentar tributos a serem cobrados a partir do primeiro dia do exercício seguinte. Esse fato possibilitará ao contribuinte planejar sua vida econômica a partir da zero hora do 1º dia de janeiro de cada exercício, sem que se veja surpreendido por exigências tributárias imprevistas. Daí o direito de o sujeito passivo não ser surpreendido, no meio do exercício financeiro, com nova carga tributária não consentida no momento oportuno."⁴⁷

As exceções à aplicação deste tributo encontram-se previstas no art. 150, § 1º, da CF, *in verbis*:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

⁴⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. Pg. 381.

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

(...)

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (grifos nossos)”.

O principal motivo para a instituição das exceções em relação do princípio da anterioridade do exercício é a característica extrafiscal dos tributos contidos nesse dispositivo, os quais configuram mecanismos eficientes do Estado intervir na economia. Não se aplica ao IPI a vedação do princípio da anterioridade do exercício, haja vista ser considerado como um tributo extrafiscal, ou seja, cuja função primordial não é arrecadatória, embora não se negue a importância fiscal deste tributo nos dias atuais.

Por último, o princípio da legalidade tributária, o qual mais se assemelha ao princípio da reserva legal do que ao princípio da legalidade geral, impõe que os tributos sejam criados ou aumentados somente por lei, *lato sensu*. Isso porque, como os tributos são exações compulsórias e independem da vontade do contribuinte, a sua criação por lei torna a sua cobrança mais legítima, bem como obriga que a sua criação/exasperação obedeça a procedimentos legislativos, evitando eventuais abusos. O princípio é denominado, também, de reserva absoluta de lei ou de legalidade estrita.

Como salienta Luiz Eduardo Schoueri,

“A idéia da legalidade é própria do Estado de Direito. É algo que se encontra no art. 5º, II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ É uma garantia do cidadão contra abusos por parte dos governantes.

Em matéria tributária, o Princípio da Legalidade é anterior mesmo ao Estado de Direito. É o direito de concordar com a tributação e controlar o modo como os recursos arrecadados são empregados. Mesmo em regimes ditatoriais, a matéria tributária foi excepcionada, preservando-se o princípio de que a cobrança de um tributo é

condicionada à concordância prévia dos contribuintes, diretamente ou por meio de seus representantes.”⁴⁸

O princípio da legalidade tributária encontra duas dimensões em sua aplicação, a formal e a material. A formal, como já destacado acima, é aquela atinente ao procedimento legislativo para a edição lei. Por sua vez, a material refere que somente a lei pode descrever os aspectos materiais da hipótese de incidência, como os sujeitos da relação jurídica tributária, a base de cálculo e a alíquota.

Aspecto interessante decorrente da aplicação do princípio ora trabalhado é a possibilidade ou não de criação ou majoração de tributo por edição de Medida Provisória. Como já pacificado pela jurisprudência da Suprema Corte, considera-se que Medida Provisória possui *status* de lei ordinária, visto que entendimento diverso iria de encontro à interpretação sistemática da Carta Maior, razão pela qual não há qualquer óbice à edição de Medidas Provisória que criem ou aumentem tributo.

Deve-se esclarecer, contudo, que ficam excepcionados os tributos que exijam Lei Complementar, por patente inconstitucionalidade formal. Outrossim, com exceção dos tributos previstos no § 2º, do art. 62, dentre os quais se encontra o IPI, Medida Provisória que institui ou majora tributo somente produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte caso seja convertida em lei no exercício em que foi editada.

Em virtude das peculiaridades do IPI, o art. 153, § 1º, da Carta Maior⁴⁹, excepciona a aplicação do princípio da legalidade estrita a esse imposto ao permitir que o Poder Executivo possa alterar as suas alíquotas, observados os limites legais. Isso porque, dada a importância da referida exação no mercado nacional, a exigência de promulgação de lei pelo Poder Legislativo acarretaria excessiva limitação ao seu alcance extrafiscal, em virtude da inoficiosidade deste Poder, bem como em função da demora do processo de criação, votação e promulgação a que as leis são submetidas.

1.4. Função Extrafiscal do IPI

⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Págs. 631 e 632.

⁴⁹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Os tributos, de maneira geral, possuem função arrecadatória, também denominada de função fiscal. Isso porque, como já salientado, funcionam como meio de arrecadação de recursos financeiros para o Estado. Contudo, por justamente ser uma obrigação de caráter compulsório e impositivo que incide sobre operações econômicas, as exações influenciam de sobremaneira o comportamento dos agentes econômicos.

Por conseguinte, o Poder Público, ao observar as mudanças advindas de seu comportamento tributante, passou a adotar posição mais ativa na utilização da extrafiscalidade, abandonando o caráter secundário que esta função possuía. Dessa forma, verificou-se que o tributo é um instrumento efetivo para estimular ou coibir determinadas condutas econômicas e para alcançar os objetivos pretendidos pelo fisco. Verifica-se tal influência em inúmeras situações, as quais vêm crescendo de maneira exponencial, quando, por exemplo, da ocasião da alteração das alíquotas dos tributos para criação de barreiras alfandegárias, da concessão de benefícios para estimular o crescimento regional ou, até mesmo, da imposição de alíquotas progressivas para estimular o cumprimento da função social da propriedade.

A utilização da função extrafiscal dos tributos para intervenção econômica pelo Estado se dá por intermédio de indução, que são os incentivos ou desestímulos, mas nunca por fiscalização ou sanção, que é a intervenção econômica por direção. Isso ocorre porque a intervenção no domínio econômico se dá por intermédio do exercício da competência tributária, diferentemente do que ocorre com a direção, que é justamente o exercício do poder de polícia pelo Estado.

Segundo Leandro Paulsen⁵⁰, o controle da validade da tributação extrafiscal envolve dois aspectos: i) a análise da concorrência da competência administrativa, que relaciona-se com o fim almejado e com a competência tributária, que se refere à instituição da exação; e ii) a análise da adequação/eficácia entre o fim social ou econômico pretendido e a tributação almejada.

Ainda, leciona Paulo Barros de Carvalho⁵¹ que

“Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais para o setor da fiscalidade. Não existe, porém identidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem,

50 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Pág. 22.

51 CARVALHO, Paulo Borges de. *Direito Tributário: linguagem e método*. 4. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Noeses, 2011. Pág. 249.

harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.

Consistindo a extrafiscalidade no uso de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim entendidos tanto os dispositivos expressos quanto os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão somente a finalidade do seu emprego”

Percebe-se, ainda, conforme ensina Matheus Carneiro Assunção, em seu estudo acerca dos incentivos fiscais e desenvolvimento econômico⁵², que os incentivos e as exações tributárias legitimam-se enquanto ferramenta extrafiscal quando propugnam efetivar, de maneira direta ou indireta, os ditames constitucionais. A interferência estatal no domínio econômico como instrumento para alterar as condutas dos destinatários normativos somente se mostra adequada quando possui como objetivo atender às finalidades previstas na Carta Maior.

Sendo o IPI notadamente um tributo dotado de extrafiscalidade, sua função arrecadatária/fiscal é secundária. Essa é a razão pela qual, inclusive, foi excepcionado da aplicação de diversos princípios limitadores do poder de tributar, como o da legalidade e o da anterioridade do exercício. Ainda, por ser tributo da espécie imposto, sua cobrança não possui qualquer vínculo com contraprestação estatal, de modo a facilitar seu manejo de acordo com as intenções do fisco.

Não se pode olvidar que, apesar de sua função extrafiscal, o IPI sujeita-se a inúmeros limites constitucionais. Apesar de não se aplicar o princípio da legalidade estrita, o Poder Executivo não se encontra autorizado a realizar as alterações sem qualquer limite.

⁵² ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Pág. 15. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

Esta relativização é referente tão somente à alteração de suas alíquotas, de maneira que todos os outros elementos de sua matriz tributárias são condicionados à lei.

Ainda, é tamanha a preocupação em conter eventuais abusos pelo fisco que, com a Emenda Constitucional nº 42/03, os tributos extrafiscais passaram a se submeter ao princípio da anterioridade nonagesimal, evitando sua aplicação imediata para possibilitar aos contribuintes seu planejamento econômico.

Outrossim, em razão de sua seletividade sobre os produtos, o IPI possui uma grande capacidade de impactar o aumento ou não do consumo de determinados setores e, por conseguinte, estimular o seu crescimento econômico. Com a alteração da alíquota, o governo não induz somente ao consumo, mas proporciona um investimento dos agentes econômicos naquela área, aumentando a linha de créditos, estimulando a geração de empregos, bem como o desenvolvimento industrial.

Posto isso, é de se notar a importância do referido imposto para a realização de fins econômicos almejados pelo Estado, objetivo colocado pelo legislador. Portanto, o IPI é alçado a uma forma de proteção da livre concorrência na ordem econômica e da consecução do interesse público, onerando ou concedendo estímulos a setores específicos.

2. HISTÓRICO DE DESONERAÇÃO DO IPI PELO GOVERNO FEDERAL E SEUS FUNDAMENTOS

2.1. Conceito e Mecanismos de intervenção do Estado na Economia

A Economia, como cediço, produz inúmeras relações, as quais repercutem de maneira indubitável no âmbito social, político e, como é de se esperar, jurídico. Em relação a este aspecto das relações econômicas, pode-se dizer que o Direito, como uma ciência em que valora determinados comportamentos de modo a estabelecer uma deontologia (dever-ser) desses, preocupa-se com as causas de determinados fatores econômicos, bem como com suas consequências. Ele o faz por intermédio da criação de regras e princípios, os quais buscam ordenar, permitir a estruturação e continuação de toda a ordem econômica.

Deve-se salientar que a expressão "ordem econômica", como salienta o Douto Ex-Ministro Eros Grau em seu livro "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", do qual irei me valer fortemente neste capítulo, possui diversas acepções, as quais servem para auxiliar na interpretação correta dos mandamentos constitucionais. Pois bem, "ordem econômica" pode ser empregada como um conceito de fato, isto é, daquilo que se encontra no mundo real, caracterizados por um conjunto de fatores econômicos concretos. Por outro lado, a expressão pode ser utilizada em seu sentido sociológico, no qual "ordem econômica" seria o conjunto de normas sociais, jurídicas, etc. Por fim, adota-se a acepção,

que é a mais conhecida, de ordem jurídica econômica, ou seja, das regras e princípios que determinado ordenamento jurídico possui para regular sua “parcela econômica”, estabelecendo um “dever-ser”.⁵³

Como salientado acima, o Estado, por intermédio do Direito, produz inúmeros preceitos (ordem jurídica econômica) que devem ser aplicados às relações econômicas cotidianas (ordem econômica concreta). Conclui-se, portanto, que o Estado intervém na economia, ou melhor, na ordem econômica, seja com finalidades políticas, sociais, econômicas ou jurídicas. Ao contrário do que muitos afirmam, os entes estatais sempre intervieram na ordem econômica, mesmo na época pós-revoluções burguesas, conhecida como Liberalismo.

O Liberalismo coloca como pilar central a liberdade do mercado como requisito necessário para o desenvolvimento econômico capitalista. O mercado, além de instituição social, é também jurídica. Isso porque, apesar de se apregoar o Estado ausenteísta, que apenas garantiria os direitos civis e políticos, protegendo a propriedade e a vontade contratual, o mercado necessita de uma estrutura básica criada a partir do Direito e depende deste para a sua manutenção e o seu funcionamento adequados, ainda que para atender a políticas mercantilistas.

Tal necessidade encontra-se presente desde a criação de mecanismos que possibilitem a troca de mercadorias com segurança, por exemplo, com a possibilidade de exigir o cumprimento (coerção e execução) das obrigações advindas de avença, até a estruturação de políticas que garantam a proteção do sistema de qualquer intervenção/limitação da liberdade dos particulares. Ou seja, o mercado necessita da intervenção estatal, de forma mínima, para assegurar a sua continuidade e coordenação, funcionando como verdadeiro aparato do capitalismo. É o que conclui Eros Grau, em seu livro “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, senão vejamos:

“(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;

(ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito Posto pelo Estado;

53 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 65.

(iii) este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.”

Como sabido, a busca excessiva pelo lucro aliada ao não intervencionismo estatal levaram à crescente desigualdade social. A igualdade pregada pelo liberalismo era estabelecida tão somente no plano formal, ou seja, apenas estabelecia que todos eram iguais, sem se preocupar com a sua efetivação devida, que é a igualdade material. Na época em que ocorreu a transformação gradual da política liberalista para a política provedora, o Estado buscou intervir de maneira mais energética e efetiva na ordem econômica, incentivando ou não determinados fatores econômicos com o fito de reduzir as diferenças sociais e econômicas que assolavam a sociedade.

Dessa forma, percebe-se que a ordem jurídica econômica não se contentou em meramente estruturar o mercado, mas buscou também estabelecer diretrizes que garantissem à população a oportunidade efetiva de nele participar, aumentando o âmbito de direitos que o particular poderia reclamar do Estado. É neste sentido que se firmou a expressão “Estado Provedor”, visto que ele garantia a subsistência digna a quem não possuía condições de competir em igualdade na feroz ordem econômica concreta.

Contudo, a política altamente garantidora provocou uma crise econômica nos Estados, visto que assegurar cada vez mais direitos a um número crescente de indivíduos demanda recursos financeiros infinitos, o que certamente não encontra possibilidade fática. Assim, para garantir a efetividade dos direitos sem quebrar a máquina estatal, buscou-se diminuir a intervenção estatal direta, isto é, provendo os serviços, passando-se à fase reguladora. Nesta fase, em seu aspecto econômico, a administração pública não mais intervém diretamente no mercado, salvo exceções, mas estabelece padrões mínimos de condutas aptas a assegurar os direitos individuais, bem como permitir uma maior liberdade dos particulares no exercício de suas atividades, de maneira a exonerar obrigações excessivas de prestação de serviço público.

Dessa forma, cumpre destacar que o Estado pode intervir na ordem econômica, basicamente, de duas formas: i) diretamente, quando age como o próprio agente econômico, explorando atividade econômica ou ii) indiretamente, quando é agente normativo e regulador.

A intervenção direta, também denominada de intervenção por absorção ou participação, é aquela na qual a atuação extrapola o âmbito público, adentrando no setor privado. Quando o faz, o Estado não mais presta serviço público ou regula a sua prestação (atividade econômica em sentido amplo), mas sim realiza atividade econômica em sentido estrito. A intervenção por absorção ocorre quando o Estado “assume integralmente o

controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio.”⁵⁴. De outro lado, quando o Estado intervém no domínio econômico por participação ele atua em competição com os particulares, assumindo somente parcela dos meios de produção do ramo específico.

A intervenção indireta, por sua vez, ocorre quando se dá por direção ou por indução, ocasião em que o Estado atuará sobre o domínio econômico, regulando-o. A direção ocorre quando o ente estatal disciplina políticas compulsórias sobre os agentes econômicos, justamente direcionando-os para o comportamento desejado. Ou seja,

“estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los.”⁵⁵

A intervenção por meio da indução ocorre quando o Estado, ao buscar determinados comportamentos dos agentes econômicos, estabelece estímulos ou desestímulos pautando-se pelas leis que regem o funcionamento dos mercados para alcançar as finalidades almejadas, de maneira a facultá-los à adoção ou não dos comportamentos prescritos. ⁵⁶

Posto isto, deve-se salientar que, à luz do disposto no ordenamento jurídico brasileiro, a intervenção direta pelo Estado na ordem econômica se dá de maneira

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Pg. 143.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Pg. 144.

⁵⁶ “No caso das *normas de intervenção por indução* defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de *normas dispositivas*. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade de seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como *comando*, é substituída pelo expediente do *convite* – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza – de “*incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado*”. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do Direito premial.” GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Pg. 145.

excepcional. É o que se depreende da leitura dos arts. 173, *caput*, e 174, *caput*, ambos da CF, *in verbis*.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Percebe-se, portanto, que o Estado deve atuar indiretamente como regra, fiscalizando e incentivando as atividades econômicas, tanto no setor público, quanto no privado.

As normas constitucionais que versam sobre a ordem econômica podem ser de cunho meramente estatutário, as quais basicamente definem os instrumentos e estruturas do poder econômico, ou programáticas, as quais constituem verdadeiras diretrizes a serem seguidas e executadas pelo Poder Público. Como depreende-se da leitura dos dispositivos supracitados, a Constituição Federal de 1988 não se contentou em disciplinar apenas a organização dos meios de produção, bem como dos agentes econômicos, mas buscou estabelecer normas e princípios a serem observados pelo administrador na busca dos objetivos e finalidades constitucionais.

Assim é o entendimento firmado pela jurisprudência remansosa do Egrégio STF, conforme se depreende do aresto colacionado abaixo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de

que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. (...) (STF - ADI: 1950 SP, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153)" (grifos nossos)

Tal posição resta clara não só pela leitura do art. 170, da CF57, que inicia o Título VII – Ordem Econômica e Financeira, mas também pelo o contido nos arts. 1º e 3º, também da CF, os quais alçam como verdadeiros princípios a serem perseguidos pelo Estado a busca pela: i) dignidade da pessoa humana; ii) dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; iii) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; iv) desenvolvimento nacional; v) erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, dentre outros.

Como salienta Camila Torquato, em seu artigo "Limites Constitucionais à Extrafiscalidade como Meio de Intervenção no Domínio Econômico",

"a atuação do Estado na Ordem econômica, seja intervindo, atuando como agente econômico, substituindo ou atuando em conjunto com

57 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

a iniciativa privada, seja atuando como agente normativo e regulador, sempre deve ter por finalidade um ou mais princípios da Ordem Econômica, sob pena de afronta constitucional. Importa frisar, contudo, que enquanto normas programáticas que são, os fundamentos, as finalidades e os princípios da Ordem Econômica nacional necessitam, para ter sua efetividades na seara política e sociais, inexoravelmente, da atuação do Estado como agente normativo e regulador, corrigindo erros, fiscalizando a atuação dos entes privados e aplicando políticas de incentivos a fim de reparar as eventuais desigualdades sociais, ou mesmo, promover o crescimento econômico. Essa atividade interventiva do Estado refere-se a uma de suas competências, a que chamaremos de competência reguladora da Ordem Econômica, pois, mediante o poder de criar normas dirigidas à proteção da Ordem Econômica, bem como zelar pelo fiel cumprimento das mesmas, o Estado exerce um poder-dever, o qual, por ser limitado, deve ser conceituado como uma competência, e não como um poder.”⁵⁸

Noutros termos, verifica-se que o Estado não pode optar pela concretização ou não de tais mandamentos, mas encontra-se obrigado e, mais do que isso, sua atuação no domínio econômico é justificada tão somente quando pautada na busca pela sua efetivação, sob pena de ilegitimidade.

2.2. Indução na Tributação e Desoneração

Como já salientado, indução é o mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico pelo o qual se estabelecem normas (des)estimulantes com o intuito de obter determinados comportamentos dos agentes econômicos. Tributação, por sua vez, é a principal fonte de receita do Estado, para que possa atender às necessidades do sociedade como um todo. Contudo, inúmeros tributos não possuem como função principal a arrecadação, servindo como verdadeiro instrumento de concretização de políticas econômicas, sociais e tributárias. É a chamada função extrafiscal.

Dessa forma, compondo-se ambos os conceitos, de indução e tributação, conclui-se de maneira evidente que esta pode servir como inequívoco e eficiente instrumento de intervenção no domínio econômico por indução. Isso porque os agentes econômicos respondem rapidamente às variações nos encargos tributários, visto que podem conduzi-los a uma situação de maior competitividade econômica. Noutros termos,

⁵⁸ TORQUATO, Camila. **Limites Constitucionais à Extrafiscalidade como Meio de Intervenção no Domínio Econômico**. Disponível em < http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3db13e2c1.pdf>. Pgs. 6 e 7. Acesso em: 25/11/22.

observa-se que a competência tributária pode e deve ser utilizada como instrumento de intervenção por indução.

A indução por tributação ocorre, basicamente, de duas maneiras: positivamente ou negativamente. Esta ocorre quando o Estado cria impostos ou determina a exação dos já existentes, onerando situações de maneira a torná-las economicamente desvantajosas. Por sua vez, a intervenção positiva ocorre quando o Poder Público concede incentivos fiscais, os quais desoneram determinados fatos geradores e, portanto, estimulam aquele comportamento específico. Ou seja, consoante Matheus Carneiro Assunção⁵⁹,

“numa concepção ampla, incentivos fiscais são medidas que estimulam a realização de determinada conduta. Nesse sentido, ‘a concessão de incentivos fiscais se insere como instrumento de intervenção do domínio econômico a fim de que se possam concretizar vetores e valores norteadores do Estado’.”

Ainda, consoante sustenta o Ministro Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário 577.348/RS, de sua relatoria, julgado pelo Tribunal Pleno em 26/02/10, os incentivos fiscais “são ‘todas as normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção de desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário’.”

Para o estudo em questão, cumpre-nos analisar as induções positivas, isto é, as concessivas de incentivos. Essas podem se dar por inúmeras maneiras, como, por exemplo, por intermédio das isenções, reduções de alíquotas, anistia, moratória, remissão, etc.

A concessão de incentivos fiscais não devem ocorrer de maneira livre, encontrando óbice no princípio da isonomia tributária, por força do art. 150, II, da Carta Política⁶⁰, visto que os entes que concederem qualquer tipo de desoneração devem se atentar para não promoverem política tributária discriminatória, mas sim buscar diminuir

59 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Pg. 19. Acesso em: 25/11/22.

60 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

qualquer desigualdade fática que por ventura se encontre, bem como efetivar os objetivos e finalidades constitucionais, já citados no estudo em questão.

Outrossim, mister se faz destacar que as normas exonerativas também devem obediência, de maneira geral, ao princípio da legalidade estrita, com supedâneo no art. 97, II, do CTN⁶¹. Ademais, tal mandamento encontra-se explicitamente encartado na Constituição Federal, em seu art. 150, § 6º, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”

De outro lado, é sabido que enrijecer de maneira absoluta os meios de incentivos fiscais, sujeitando-os à legalidade estrita, limitar-se-ia sobremaneira a função extrafiscal indutora das políticas concessivas de incentivos fiscais.

Dessa forma, algumas desonerações não se sujeitam à necessidade de criação de lei específica, dentre as quais merece destaque a alteração das alíquotas pelo Poder Executivo do Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Imobiliários (IOF), à luz do disposto no art. 153, § 1º, da CF.⁶²

⁶¹ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

⁶² Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Tais alterações que podem ser realizadas pelo Poder Executivo mostram-se efetivas na consecução das políticas fiscais e extrafiscais, haja vista permitirem ampla liberdade do administrador para instituí-las, assim como facilitam a sua adequação ágil em função da reação obtida pelo setor econômico.

2.3. Crise de 2008 e o Histórico de Desoneração do IPI

No ano de 2008, os Estados Unidos (EUA) enfrentaram uma forte crise econômica, a qual teve repercussão mundial, devido à grande importância que o país possui no cenário internacional. A crise se deu em virtude do estouro da bolha imobiliária, que surgiu como consequência da política de incentivo à concessão de créditos para financiamento das hipotecas.

Os juros baixos praticados no mercado americano incentivaram o aumento desenfreado dos empréstimos concedidos às pessoas para adquirirem seu imóvel, muitas das vezes em valor superior à capacidade que possuíam de honrá-los. Ainda, o crescimento do mercado imobiliário deu origem a sucessivas valorizações e, conseqüentemente, das especulações financeiras.

Dessa forma, a crise econômica deflagrou-se dando causa à falência de grandes bancos americanos, como o Lehman Brothers, bem como ao desemprego de uma parcela significativa da população. Em razão da posição central que os EUA ocupa no cenário global, os efeitos da crise estenderam-se por todo o mundo, causando a recessão da economia de inúmeros países e a desconfiança sobre o mercado financeiro, esfriando indubitavelmente a economia internacional.

O Brasil, assim como os demais países, buscou efetivar medidas que diminuíssem os reflexos da crise econômica mundial sobre o mercado nacional, tentando manter a inflação e a retração econômica baixas, assim como o índice de desemprego, com o fito de atrair investidores e aumentar a confiança sobre o mercado financeiro brasileiro.

Inúmeras foram as reportagens e publicações sobre o assunto na imprensa nacional, as quais relataram os possíveis impactos que poderiam assolar a economia brasileira, bem como apontaram os sinais que a crise já havia afetado o Brasil.

De acordo com a reportagem publicada pelo jornal Folha de S. Paulo⁶³, em 04/02/09, apesar dos bancos e empresas de grande porte brasileiros não possuírem relação

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

63 <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/02/498780-entenda-como-a-crise-financeira-global-afeta-o-brasil.shtml>. Acesso em: 25/11/22.

direta com a causa da crise, as hipotecas subprime, esses encontraram dificuldade para obtenção de crédito, visto que grande parte do setor dependia de financiamento externo, o qual se tornou escasso. Assim, vários projetos estagnaram com a contração do crédito, levando à queda de renda e de emprego, os quais, por sua vez, repercutem sobremaneira no mercado interno.

Como consequências da retração do mercado interno, destacam-se a redução do consumo familiar e o investimento no setor empresarial, o que deu origem a demissões em massa, em virtude da queda da demanda. Percebe-se, por conseguinte, que a causa e o efeito das repercussões internas da crise são cíclicos e um favorece o surgimento da outro, agravando-se.

Assim, o Governo Federal adotou políticas financeiras que estimulassem a obtenção de crédito e, com isso, a facilitação do consumo, evitando o crescimento da taxa de desemprego⁶⁴ e a retração das indústrias automobilísticas e de bens da linha branca⁶⁵, que são as que normalmente mais sofrem influência decorrente dos abalos econômicos. A intenção foi estabelecer, basicamente, políticas anticíclicas, as quais buscam aumentar o nível de liquidez da economia e a estrutura do setor bancário, bem como estimular as medidas fiscais.⁶⁶

As primeiras medidas adotadas para tentar conter os efeitos da crise no Brasil foram atinentes ao mercado financeiro⁶⁷ no intuito de lhe conferir mais liquidez e confiabilidade, pelas quais o Banco Central (BC) promoveu: i) empréstimos às grandes instituições financeiras; ii) redução do recolhimento dos empréstimos compulsórios, o que beneficiou os bancos menores; iii) concessão de crédito para o setor agrícola; iv) criação de uma linha internacional de crédito; v) reforço da linha de crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), dentre outras.

Aforas as medidas que buscaram estabilizar o mercado financeiro, ganharam destaque as políticas fiscais implantadas pelo Governo Federal, muitas das quais perduram até os dias de hoje, em razão de sua eficiência. É o que destaca Matheus Carneiro Assunção:

64 De acordo com o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), o mês de Dezembro do ano de 2008 apresentou diminuição de 654.946 postos de trabalho, o maior número desde o ano de 1999. A informação foi obtida junto ao jornal Folha de S. Paulo, no sítio <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/01/491796-emprego-com-carteira-registra-pior-resultado-em-dez-anos-em-dezembro.shtml>. Acesso em: 25/11/22.

65 <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/02/497886-producao-industrial-cai-124-em-dezembro-no-ano-alta-e-de-31-diz-ibge.shtml>. Acesso em: 25/11/22.

66 http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12357. Acesso em: 25/11/22.

67 <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/09/464961-veja-as-medidas-ja-anunciadas-no-brasil-para-combater-os-efeitos-da-crise.shtml>. Acesso em: 25/11/22.

“Diante desse cenário temeroso, medidas de estímulo à demanda interna são remédios indispensáveis. Dentre os instrumentos possíveis, a concessão de incentivos fiscais destaca-se pela maleabilidade, pela celeridade e pela eficiência com que pode ser manejada pelo Poder Executivo, visando à retomada do crescimento econômico.

A possibilidade de estímulos na demanda agregada sob a forma de incentivos fiscais serem vistos como fonte de recuperação econômica foi analisada extensivamente por economistas norte-americanos após a crise de 1929. Pesquisas realizadas na década de 1940 já apontavam que a política fiscal se revelou um efetivo instrumento na revigoração do fôlego da economia afetada pela crise.

Uma das recomendações do Fundo Monetário Internacional (FMI) no tocante ao contorno da crise deflagrada em 2008 foi a promoção de medidas de estímulo fiscal até determinada data (como a redução de impostos sobre o consumo durante um certo período). Instrumentos fiscais anticíclicos devem, a princípio, ter impacto transitório, sendo revistos tão logo a economia apresente os sinais de recuperação esperados. Foi esse o principal caminho adotado pelo Brasil por meio da redução das alíquotas de tributos com acento extrafiscal, notadamente o IPI e o IOF.”⁶⁸

A primeira medida adotada foi a promulgação, pelo Presidente da República, da Medida Provisória nº 44769, que postergou a data de pagamento tributos federais e contribuições previdenciárias, quais sejam, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF), a Contribuição Previdenciária (PIS/Cofins) e do Imposto sobre Produtos Industrializados.⁷⁰ Após essa postergação, o Governo Federal reduziu as alíquotas do IPI e do IOF, assim como alterou a tabela do IRPF. Para a compreensão do caso que proponho, cumpre-nos analisar as sucessivas alterações das alíquotas do IPI.

68 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Pg. 27. Acesso em: 25/11/22.

69 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/mpv/447.htm. Acesso em: 25/11/22.

70 <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/11/468510-governo-publica-mp-que-altera-prazo-para-empresa-pagar-tributos-federais.shtml>. Acesso em: 25/11/22.

Em dezembro de 2008, o Governo editou o Decreto nº 6.687/0871, o qual reduziu as alíquotas do referido imposto sobre os veículos automotores até mil cilindradas para a taxa de 0%, bem como diminuiu as alíquotas referentes aos veículos flex e aqueles com mais de mil cilindradas.

No ano seguinte, em 2009, os efeitos da crise econômica se agravaram, levando à prorrogação das medidas fiscais adotadas pelo Governo Federal, em especial das desonerações feitas do IPI. Em abril do referido ano, foi editado o Decreto nº 6.825/0972, o qual reduziu significativamente as alíquotas do IPI incidente sobre os produtos de linha branca. Naquela ocasião, a alíquota da maioria dos produtos foi reduzida em 10%, enquanto os tanques e fogões tiveram suas alíquotas zeradas. Dessa forma, incentivar-se-ia sobremaneira o consumo das famílias, principalmente aquelas de baixa renda, facilitando o investimento de lojas de varejo e evitando mais demissões em massa.

No mês de abril, por ocasião da edição do Decreto nº 6.890/0973, alterou-se a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) de alguns produtos destinados à construção, desonerando-os ainda mais, visto que no mês anterior, com os Decretos nº 6.80974 e 682375, havia sido determinada alíquota 0% para cimento, tinta, etc.

No ano de 2010 foi editado o Decreto nº 7394/1076, o qual prorrogou até 31 de Dezembro de 2011 a redução de alíquota do IPI incidente sobre veículos de transporte, bens de capital e materiais de construção, que havia sido concedida pelo Decreto nº 6.890/09.

Em 2011, foram editados 4 Decretos que, de alguma maneira, realizaram desonerações sobre o IPI. O primeiro foi o Decreto nº 7.56777, o qual dispôs sobre a redução do IPI em favor da indústria automotiva, alterando a TIPI. O segundo foi do de nº 7.61478, que reduziu a 0% as alíquotas incidentes sobre produtos utilizados por pessoas com deficiência. O terceiro, Decreto nº 7.61979 regulamentou a concessão de crédito presumido do referido imposto na aquisição de resíduos sólidos. Por último, o Decreto nº

71 <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2008/dec6687.htm>. Acesso em: 25/11/22.

72 <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2009/dec6825.htm>. Acesso em: 25/11/22.

73 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6890.htm. Acesso em: 25/11/22.

74 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6809.htm. Acesso em: 25/11/22.

75 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6823.htm. Acesso em: 25/11/22.

76 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Decreto/D7394.htm. Acesso em: 25/11/22.

77 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7567.htm. Acesso em: 25/11/22.

78 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7614.htm. Acesso em: 25/11/22.

79 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7619.htm. Acesso em: 25/11/22.

7.63180 alterou as alíquotas atinentes aos eletrodomésticos da linha branca, bem como reduziu a 0% a alíquota referente a papel sintético destinado à impressão de livros e periódicos.

Em 2013, foram editados o Decreto nº 8.01781, o qual reduziu as alíquotas do IPI incidente sobre extratos concentrados de sementes de guaraná, extrato de açaí e sucos de frutas destinados à elaboração de refrigerantes e refrescos, e o Decreto nº 8.07082, que reduziu a 0% a alíquota incidente sobre outros açúcares de cana.

Posto isto, após apontar de maneira os decretos relacionados ao IPI desde 2008, conclui-se de maneira indubitável que muitas foram as desonerações realizadas pelo Governo Federal atinentes ao referido imposto, no intuito de rebater os efeitos da crise com políticas fiscais anticíclicas. Dessa forma, pode-se imaginar que as repercussões de tais medidas, que perduram até os dias de hoje, foram muitas, as quais pretendo analisar no capítulo subsequente.

3. AVALIAÇÃO DAS DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS DO IPI E SUAS REPERCUSSÕES

3.1. Aspectos Positivos

As desonerações realizadas pelo Governo Federal do IPI tiveram como escopo conter os efeitos da crise na economia interna. Os estudos relativos aos efeitos positivos foram escassos, principalmente em face da dificuldade de mensuração do que efetivamente se evitou com a adoção das medidas fiscais federais. Ademais, as políticas anticíclicas possuem o condão de surtir mais efeito logo após sua implementação, razão pela qual sua efetividade vem decaindo⁸³. Porém, é evidente que, apesar de não terem impedido toda e qualquer repercussão interna, essa diminuiu.

Como repercussões positivas, estima-se que, no primeiro semestre de 2009, foram mantidos de 50 a 60 mil empregos diretos e indiretos⁸⁴. As áreas afetadas pelas desonerações, apesar de registrarem queda no número de empregos, tiveram os índices

80 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7631.htm. Acesso em: 25/11/22.

81 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D8017.htm. Acesso em: 25/11/22.

82 http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D8070.htm. Acesso em: 25/11/22.

83 http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=22884. Acesso em: 25/11/22.

84 BRAGA, Gustavo Bastos; ABRANTES, Luiz Antonio; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. **Impactos da Desoneração do IPI nos Indicadores de Rentabilidade no Setor de Siderurgia e Mineração. Disponível em:** <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/Artigo15.pdf>> Acesso em: 25/11/22.

de desemprego consideravelmente contidos quando da adoção das medidas adotadas pelo Governo Federal.

“Mesmo com a desoneração do IPI e a recuperação das vendas de automóveis, o emprego na cadeia automobilística manteve tendência de redução ao longo do primeiro semestre de 2009. Os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério do Trabalho e Emprego (Caged/MTE) revelam, entretanto, que houve desaceleração desse processo. Em janeiro e fevereiro, ocorreu redução de 22.688 empregos formais na cadeia automobilística; em maio e junho, a perda foi de 3.838 empregos. Contudo, é possível inferir que sem a redução das alíquotas do IPI, o desempenho do emprego na cadeia automobilística teria sido pior.” 85

Ademais, as políticas de incentivo ao consumo geraram aumento nas vendas no setor automobilístico, bem como no de vendas de móveis e eletrodomésticos:

“As vendas internas de veículos (automóveis e comerciais leves) foram fortemente afetadas pela crise econômica e, segundo dados da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (Anfavea), sofreram redução de quase 49% entre julho e novembro de 2008. Em dezembro, quando as alíquotas do IPI de automóveis foram reduzidas, teve início um processo de recuperação que fez com que as vendas no primeiro semestre de 2009 superassem aquelas do mesmo período de 2008. Como apresentado no gráfico 1, houve intenso aumento das vendas nos meses de março e junho, quando a desoneração do IPI se encerraria, embora nas duas ocasiões tenha sido prorrogada. Isto sugere que, atraídos pelos preços mais baixos decorrentes do IPI reduzido, muitos consumidores decidiram antecipar a compra de veículos. Esta antecipação do consumo poderá se refletir em desaceleração das vendas quando as alíquotas do IPI voltarem ao patamar original.

(...)

Apesar das limitações do modelo em captar, por exemplo, o efeito do IPI reduzido sobre o aumento das vendas em março, os resultados

85 http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/2009_nt015_agosto_dimac.pdf. Acesso em: 25/11/22.

apontam que a desoneração contribuiu com 13,4% dos veículos vendidos ao longo do primeiro semestre de 2009.”⁸⁶

Ainda, no setor automotivo, em que as reduções foram mais sensíveis, a arrecadação ao longo dos 5 anos de desonerações aumentou. De acordo com o Instituto Brasileiro de Tributação e Planejamento (IBTP)⁸⁷, a União deixou de arrecadar R\$ 6,1 bilhões relativos às desonerações do IPI sobre o setor automotivo, mas, por outro lado, houve um acréscimo de R\$ 11,8 bilhões. Esse aumento deu-se em virtude do aumento de produção no setor, sobre o qual incide PIS e COFINS.

3.2. Controvérsias

Como qualquer intervenção estatal no domínio econômico, as medidas adotadas pelo Governo Federal geraram inúmeros descontentamentos e críticas, ainda mais levando em consideração o número elevado de desonerações, muitas das quais perduram até os dias atuais.

Apesar de as medidas federais buscarem conter o índice de desemprego, bem como a redução do consumo familiar, concretizando a função estabilizadora, pode-se dizer que aquelas não atenderam às suas funções extrafiscais alocativa e distributiva.⁸⁸ Isso, pois os setores beneficiados pelas desonerações pertencem a grandes empresários, de maneira que ao produzirem bens mais baratos e venderem mais, lucraram mais.

Sabe-se que a redução de alíquotas do IPI sobre os automóveis ou eletrodomésticos da linha branca, por exemplo, beneficia os consumidores. Contudo, a parcela da população brasileira que possui condições efetivas de trocar de veículo, eletrodomésticos ou até de realizar reformas (bens e serviços cujas obras primas foram beneficiadas pelas desonerações) anualmente é muito pequena e, indubitavelmente, pertencente à camada mais favorecida.

86 MACROECONÔMICOS/DIMAC, Diretoria de Estudos. **Impactos da Redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de Automóveis.** Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/2009_nt015_agosto_dimac.pdf>. Acesso em 16/09/14

87 <https://www.ibpt.org.br/noticia/1469/Desoneracao-do-IPI-automotivo-nao-reduziu-arrecadacao-no-pais>. Acesso em: 25/11/22.

88 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Pg. 6. Acesso em: 25/11/22.

BRAGA, Gustavo Bastos; ABRANTES, Luiz Antonio; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. **Impactos da Desoneração do IPI nos Indicadores de Rentabilidade no Setor de Siderurgia e Mineração.** Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/Artigo15.pdf>> p. 5. Acesso em: 25/11/22.

Nesse sentido, pode-se concluir que as medidas não foram devidamente usufruídas pela população de condição financeira mais baixa, a qual mais sente os efeitos da crise interna, pois apenas anteciparam o consumo daquelas pessoas que já possuíam condições e interesses em realizá-lo.

Contudo, a maior crítica destinada às medidas desoneradoras é atinente aos impactos sofridos pelo Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

O FPM é uma transferência constitucionalmente prevista dos recursos obtidos pela União aos Municípios, de maneira a reforçar as receitas obtidas pelo ente subnacional. Ou seja, é a repartição constitucional das receitas tributárias, por meio da qual a União entrega o produto da arrecadação do IR e do IPI ao ente federado, nos termos do art. 159, I, "b", "d", "e" e "f", da Carta Maior, *in verbis*:

"Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 50% (cinquenta por cento), da seguinte forma:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;

f) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano; "

Ou seja, dos 50% do produto da arrecadação do IPI, 25,5% são entregues pela União ao FPM, compondo significativa participação na renda dos municípios.

O Fundo de Participação dos Municípios pode ser considerado uma transferência redistributiva, de forma a possibilitar a concretização da forma federativa do Estado brasileiro, permitindo aos municípios, que são os entes federados com menor capacidade econômica, financiarem suas despesas.

Noutros termos, verifica-se que:

“Esse arranjo de partilhas de receitas tributárias é traço do modelo de federalismo fiscal cooperativo consagrado pela Constituição Federal de 1988. Nesse modelo, a repartição de receitas coloca-se como um canal de coordenação que viabiliza a coexistência entre a descentralização de encargos e a centralização de arrecadação tributária. Configura uma intrincada rede financeira que “cria para os entes políticos menores o direito a uma parcela de arrecadação do ente maior”. Essa parcela visa a reduzir o descompasso entre os meios de arrecadação disponíveis e as necessidades de gastos dos entes federados, chamado de “brecha fiscal vertical” (vertical fiscal gap), e representa um importante mecanismo de equilíbrio das finanças das unidades subnacionais.”⁸⁹

Nesse diapasão, percebe-se que é transferência “de uso incondicional, obrigatória e sem contrapartida”⁹⁰, a qual permite uma maior autonomia subnacional, independentemente de qualquer fator político, pois é encartada como obrigatória na Carta Política.

Assim, após profunda análise das sucessivas desonerações do IPI realizadas pelo Governo Federal, depreende-se de maneira inquestionável que as desonerações afetaram o repasse constitucional aos municípios, visto que o produto da arrecadação do IPI que lhes seriam entregues, por intermédio do FPM, sofreu sensível redução.

De acordo com a Análise da Arrecadação e das Receitas⁹¹ realizada pelo Tribunal de Contas da União, as desonerações tributárias líquidas sobre o IPI e o IR, entre o período de 2008 e 2013, perfizeram o montante de R\$ 416,4 bilhões. Desse montante, 58% foram arcados pelos estados, Distrito Federal e municípios.

Apenas no ano de 2009, foi registrada uma queda de 22% na arrecadação líquida do IPI em relação ao ano anterior, o que corresponde aproximadamente R\$ 7,7

89 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHPfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Pgs. 30 e 31. Acesso em: 25/11/22.

90 MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri; COSIO, Fernando Blanco. **TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL: diagnóstico e proposta de reforma.** Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/id/882/4/R159-13.pdf> p. 30. Acesso em 23/09/14.

91 UNIÃO, Tribunal de Contas da. **Impacto das Renúncias do IPI e do IP sobre os repasses da União.** Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2013/fichas/4.3%20Impacto%20das%20Renúncias%20do%20IPI%20e%20do%20IR%20sobre%20os%20Repas.pdf . Acesso em: 25/11/22.

bilhões. 92 Como consequência direta dessa diminuição encontra-se o comprometimento da prestação dos serviços públicos pelos municípios, haja vista que o repasse constitucional por intermédio do FPM também reduziu, dado ser produto da arrecadação líquida do referido imposto.

O montante repassado aos municípios sofreu substancial redução. A Confederação Nacional de Municípios (CNM), segundo reportagem publicada no sítio do Senado Federal⁹³, informou que as desonerações tributárias sobre o IPI para automóveis até o ano de 2013 implicaram na redução do FPM em R\$ 1 bilhão.

Inúmeros foram os questionamentos na Justiça pelos municípios, os quais buscam pela compensação ou ressarcimento dos recursos não recebidos referentes aos mais de 5 anos de incentivos fiscais realizados pelo Governo Federal. O Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Itabi/SE foi o primeiro a ter reconhecida a Repercussão Geral, sobre o qual irei tecer considerações no capítulo que se segue, haja vista sua relevância jurídica e econômica para o tema em discussão neste artigo.

4.0 COMPROMETIMENTO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E O RE 705.423/SE

4.1. Relatório da Caso

O Município de Itabi/SE, inconformado com as sucessivas desonerações feitas pelo Governo Federal que diminuíram o valor recebido a título de repasse constitucional, por intermédio do FPM, ajuizou ação ordinária em face da União, em 18/05/09. Pleiteou liminarmente que, para fins de cálculo do FPM, seja considerada a base de cálculo prevista constitucionalmente (23,5%) sobre o total do produto da arrecadação do IR e IPI, sem a exclusão dos valores concedidos a título de isenções fiscais, bem como o recebimento das diferenças repassadas a menor pelo FPM, nos últimos 5 anos.

Sustentou, em síntese, que, embora seja de competência da União a instituição dos tributos citados, bem como de suas isenções, deve-se preservar o montante que

92 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise.** Disponível em < http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. P. 30. Acesso em: 25/11/22.

93 "Já a Confederação Nacional de Municípios (CNM) informa que, só com as desonerações do IPI para automóveis até 31 de dezembro de 2013, o FPM será reduzido em R\$ 1 bilhão. Ao cálculo anterior da entidade — R\$ 2 bilhões em desonerações de IPI com impacto de R\$ 485 milhões no FPM —, somam-se, com a prorrogação, outros R\$ 2,2 bilhões em renúncia de IPI: menos R\$ 517 milhões para os municípios." FEDERAL, Senado. **Desonerações tributárias, como a redução de IPI, afetam municípios, pois diminuem os valores repassados pela União do FPM (Fundo de Participação dos Municípios).** Disponível em < <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/contas-publicas/realidade-brasileira/desoneracoes-tributarias-reducao-de-ipi-afetam-municipios-fois-diminuiem-os-valores-repassados-pela-uniao-ao-fpm-fundo-de-participacao-dos-municipios.aspx>>. Acesso em: 25/11/22.

deveria ser repassado sem as respectivas desonerações, haja vista recair sobre parcela de receita constitucionalmente assegurada aos municípios, constituindo, assim, patente inconstitucionalidade, já pacificada pelo STF.

Por sua vez, a União asseverou a inaplicabilidade dos casos trazidos à baila pelo Município de Itabi, visto que encontram fundamento em artigo diverso do pertinente na Constituição Federal. Isso, porque a repartição das receitas tributárias está prevista nos arts. 158 e 159, da CF, sendo que a jurisprudência colacionada no pleito encontra fundamento no art. 158, enquanto o caso ora vergastado está previsto no art. 159. Dessa forma, pugna pela constitucionalidade das deduções realizadas pelo TCU ao compor o montante do FPM. Por fim, aduziu que, embora tenha reduzido as alíquotas do IPI, procurou de todas formas minimizar os impactos sofridos pelos municípios, transferindo-lhes valores do Tesouro Nacional, consoante o previsto na Medida Provisória nº 462/09.

Foi prolatada sentença julgando procedentes os pedidos contidos na inicial, a qual, basicamente, repisou os mesmos argumentos trazidos pela exordial.

Da apelação interposta pela União, sobreveio acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio do qual a sentença prolatada foi reformada de forma a conceder provimento à apelação.

Inconformado, o Município de Itabi interpôs Recurso Extraordinário, de nº 705.423, o qual trouxe como dispositivo violado o art. 159, I, b e d94, da Carta Magna.

Apresentou os seguintes fundamentos como razões para a reforma do acórdão:

- a) Posicionamento pacífico do plenário do STF da não necessidade do efetivo ingresso do tributo para existir como receita pública: O Município de Itabi, ora recorrente, afirmou que a entrada do tributo, integrando-se ao patrimônio público independente de isenções/desonerações ou correspondência no passivo, caracteriza aumento da receita pública, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do Recurso Extraordinário nº 572.762/SC. Ainda, asseverou que à luz do disposto no art. 158, da CF, pode-se perfazer idêntico raciocínio com o tributo em questão, pertencendo aos municípios a receita obtida com a arrecadação dos impostos e não ao ente dotado de competência para instituí-lo. Dessa forma, qualquer isenção concedida não pode incidir, também, sobre a parcela pertencente aos seus

94 Quando da interposição do RE, ainda não tinham sido editadas as ECs nº 84/2014 e 112/2021.

destinatários. Assim, não sendo necessário o efetivo ingresso do tributo no erário para que exista como receita pública, a União estaria abdicando não só de sua receita ao realizar isenções, mas também da dos municípios, visto que impede que os valores renunciados cheguem a compor o produto da arrecadação. Por fim, argumentou que as desonerações sobre os tributos somente podem incidir sobre o percentual da titularidade daquele que as instituiu, devendo-se preservar os valores a serem repassados para os Municípios, a título de FPM.

- b) Não violação ao princípio da competência tributária: Apesar de pugnar pela inconstitucionalidade das desonerações realizadas, o recorrente afirmou que não questiona a competência da União para criar ou instituir incentivos, benefícios, renúncias e isenções fiscais, inclusive afirma que é desta a titularidade para instituí-los. Contudo, asseverou que, ao fazê-lo, deve preservar a parcela dos municípios e renunciar valores da parcela que lhe compete, que são os 52% do IPI e do IR. A Constituição Federal, ao instituir o repasse para composição do FPM, disse expressamente ser dever da União arrecadar os referidos impostos e realizar a transferência financeira, sem mencionar a possibilidade desta realizar deduções da parte que fazia parte do fundos dos municípios.
- c) Aplicabilidade do acórdão proferido no RE nº 572.762/SC (Tema 42) ao presente caso: O Município recorrente sustenta que o acórdão recorrido, equivocadamente, decidiu que o pleito da peça inaugural somente seria legítimo se os tributos em questão fossem efetivamente recolhidos e retidos, tal como ocorria no Estado de Santa Catarina, o que não ocorre no presente caso, tornando-se inaplicável o julgado do RE trazido no recurso. Traz como fundamento a manifestação do Ministro Cezar Peluso, nos autos do STA 451/PE, na qual assevera que há burla à sistemática constitucional de repartição tributária tanto na hipótese de recolhimento do ICMS e retenção de parcela para repasse ao programa de desenvolvimento e, sobre o saldo, proceder ao cálculo do devido ao município, quanto na hipótese de concessão de crédito presumido, evitando que os recursos cheguem aos cofres públicos, que é a hipótese do Recurso Extraordinário ora debatido. Ao debitar o crédito presumido do saldo devido aos entes subnacionais, altera-se ilegalmente a base de cálculo, não se

podendo ignorar o fato de existirem valores não recolhidos mas efetivamente devidos, em virtude da ocorrência do fato gerador.

O Recurso Extraordinário, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, teve a repercussão geral reconhecida por unanimidade, em 18/04/13.

4.2. Da Constitucionalidade das desonerações do IPI realizadas pelo Governo Federal

Como já salientado durante o estudo realizado, a competência para instituição do Imposto sobre Produtos Industrializados é atribuída à União, bem como para realizar qualquer isenção, desoneração, etc. Dessa forma, diante da crise econômica mundial no ano de 2008 e valendo-se dessa competência, o Governo Federal, com supedâneo no art. 153, § 1º, da CF, reduziu, às vezes até a 0%, as alíquotas do IPI incidente sobre diversos produtos para tentar evitar que o mercado interno se abalasse muito. Assim, foram adotadas políticas mercantis de indução na tributação visando a estimular os comportamentos necessários dos agentes econômicos.

Contudo, tais medidas econômicas impactaram de sobremaneira o Fundo de Participação dos Municípios, haja vista esse receber repasse constitucional de 23,5% do produto da arrecadação do IPI. Nessa esteira, o descontentamento dos entes subnacionais deu origem ao Recurso Extraordinário de nº 705.423, interposto pelo Município de Itabi, objetivando que o valor repassado a título de transferência constitucional ao FPM não sofra qualquer desconto por causa das desonerações, bem como a receber a diferença do montante repassado a menor nos últimos anos.

Da análise dos argumentos trazidos, verifica-se que não merecem prosperar, haja vista não encontrarem respaldo legal ou constitucional para legitimá-los, senão vejamos.

Pois bem, a ideia de transferência de receitas tributárias assegurada constitucionalmente guarda intrínseca relação com o princípio federativo. Por intermédio desse, busca-se que a repartição de competência perante os entes federativos garanta a eficácia do exercício do poder no plano interno e, com isso, sua legitimidade e eficiência. Nessa toada, a autonomia dos entes permite a sua integração, mantendo a unidade da ordem jurídica.

Deve-se destacar, contudo, que os entes federados são desiguais em inúmeros aspectos, tais como territorial, social, econômico, etc., o que certamente demanda tratamento diferenciado para que seja possível a manutenção de sua autonomia econômica. A Constituição Federal de 1988, quando da repartição das competências tributárias, concentrou-a de maneira exacerbada na esfera federal, tornando, portanto, a

União responsável por 68% do total dos tributos. Os Estados e o DF arrecadam 26,3%, enquanto os Municípios têm somente 5,7%⁹⁵. Percebe-se, assim, a grande discrepância entre os valores arrecadados pelos entes.

Uma das formas de autonomia do federalismo é a financeira, a qual pode se dar de duas maneiras, basicamente: atribuindo-se competência para instituição de tributos e as transferências governamentais. Como pode se depreender dos dados supracitados, os municípios encontram dificuldade em se autossustentar por meio da arrecadação dos próprios tributos, razão pela qual dependem das transferências das receitas tributárias de outros entes. Embora só arrecadem 5,7%, os Municípios apropriam-se de 17,4% do total dos tributos, evidenciando-se que a maior parte das receitas municipais possuem como fonte as transferências intergovernamentais. Daí decorre a preocupação existente com as necessidades financeiras dos entes federativos subnacionais.

As transferências intergovernamentais, como cediço, são

“repasses de recursos financeiros entre os entes de um Estado, com base em determinações constitucionais, legais (são as transferências obrigatórias) ou mesmo em decisões discricionárias do órgão ou entidade concedente (são as transferências voluntárias). O seu objetivo pode ser genérico (por exemplo, a manutenção do equilíbrio entre encargos e renda ou do equilíbrio inter-regional) ou específico (por exemplo, a realização de determinado investimento ou a manutenção de padrões mínimos de qualidade em um determinado serviço público prestado).”⁹⁶

Dessa forma, percebe-se que a repartição das receitas tributárias possui a relevante função de preservar o pacto federativo e a autonomia dos entes federados, reduzindo o desequilíbrio fiscal vertical já mencionado.

As transferências intergovernamentais subdividem-se em facultativas e obrigatórias. Aquelas, também denominadas de voluntárias, não guardam muita relação com a capacitação da autonomia financeira dos entes subnacionais, haja vista não serem uma fonte de renda contínua, e servem ao atendimento de objetivos específicos. A sua concessão não está prevista de forma expressa, seja na Constituição, seja em lei. Depende,

95 DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

96 DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Pg. 92. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

portanto, de decisão administrativa. A Lei nº 101, Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 25, define os repasses voluntários, *in verbis*:

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

Por sua vez, as transferências obrigatórias são aquelas previstas na Constituição Federal ou em lei, de maneira que a sua realização é considerada vinculada, isto é, não está sujeita a juízo discricionário do administrador. Luiz Carlos Fróes Del Fiorentino, em sua tese de mestrado, define as transferências intergovernamentais obrigatórias como

“aquelas nas quais os critérios que definem a origem dos recursos e os montantes a serem distribuídos para cada governo estão especificados em lei ou na Constituição. Muitas vezes, até mesmo a forma de utilização do recurso é objeto de regulamentação legal ou constitucional, conforme será demonstrado mais adiante.

No tocante à discriminação de rendas tributárias, tem entendido a doutrina tratar-se de “uma questão crítica na organização federal”^[97] previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições⁹⁷.

Nota-se que essa fonte de receita é, diferentemente daquela originária da atribuição de competência para instituição de tributos, discriminada pelo produto, na qual se confere ao ente subnacional o direito constitucionalmente previsto de auferir a receita arrecadada por outros entes federados⁹⁸.

As transferências obrigatórias previstas constitucionalmente, para fins do estudo aqui apresentado, podem se dividir, basicamente, em diretas ou indiretas. As diretas são aquelas que prevêm o repasse de forma direta e imediata ao ente subnacional beneficiário, seja por intermédio de repasse direto de recursos, seja por meio de

97 DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Pgs. 93 e 94. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

98 DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Pgs. 94 e 95. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

transferências orçamentárias. Por sua vez, as indiretas são aquelas que se concretizam por força da participação em fundos.

Fundos são um conjunto de recursos cuja aplicação encontra-se determinada em leis ou na Constituição, com o fito de distribuição de receitas entre os entes federativos ou outro objetivo especificamente determinado. Consoante o disposto na Carta Magna, inúmeros foram os fundos criados pelo legislador constituinte, dentre os quais merece destaque para o presente caso o Fundo de Participação dos Municípios.

O FPM encontra-se disposto no art. 159, I, "b" e "d", da Constituição Federal, in verbis:

"Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano".

Posto isso, cabe refutar, primeiramente, a alegação de que os repasses constitucionais feitos aos Municípios, por intermédio de fundo, não podem sofrer as deduções em razão das desonerações do IPI realizadas pelo Governo Federal, bem como a alegação de aplicabilidade do acórdão proferido no RE nº 572.762/SC (Tema 42) ao presente caso.

O Município de Itabi, ao sustentar a impossibilidade de dedução dos incentivos fiscais no repasse constitucional, valeu-se, basicamente, do que restou decidido no acórdão alhures mencionado, no qual o STF entendeu por inconstitucional a retenção, por parte do Estado de Santa Catarina, de parte da parcela pertencente aos Municípios do valor arrecadado a título de ICMS. Colaciono abaixo o aresto:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte

interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido. (RE 572762, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737)"

Da simples leitura do acórdão, conclui-se que a fundamentação constitucional utilizada não serve para o caso ora vergastado, haja vista versarem sobre transferências constitucionais intergovernamentais diversas, as quais possuem espeque em dispositivos constitucionais com teleologias completamente distintas.

Consoante o Ministro Ricardo Lewandowski assevera em seu voto, a parcela do ICMS, embora de competência de instituição do Estado, bem como de seu recolhimento, não constitui receita do Estado, pertencendo aos Municípios, à luz do art. 158, IV, da CF. Ainda, dispõe que

“É o caso da parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, que, embora arrecada pelo Estado, integra de jure o patrimônio do Município, não podendo o ente maior dela dispor a seu talante, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo (...).”⁹⁹

Dessa forma, evidencia-se que o caso acima encontra supedâneo no art. 158, IV, da CF, da Carta Política, o qual trata dos repasses intergovernamentais de recursos de forma direta. A participação direta encontra fundamento nos arts. 157 e 158, da CF, versando aquele sobre as participações dos Estados e do DF nas arrecadações da União e este sobre as participações dos Municípios nas arrecadações dos Estados e da União.

Pois bem, como se depreende da leitura dos arts. 157 e 158, realmente a retenção por parte dos Estados de receita, cuja parcela é direito dos Municípios, é inconstitucional, visto que pertence a estes entes federativos. Nos termos do lecionado pelo Doutrinador Hiyoshi Harada, as receitas previstas no arts. 157 e 158:

⁹⁹ RE 572762, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737.

“(...) pertencem às entidades aí contempladas nos exatos limites da determinação constitucional. A Carta Magna utiliza a expressão pertencem aos. Nas hipóteses dos arts. 157, I, e art. 158, I, as entidades beneficiadas apropriam-se diretamente das verbas que lhe pertencem. Nas demais hipóteses, as entidades políticas tributantes devolvem o quantum respectivo às entidades beneficiadas porque a elas pertence de direito, e pode ser exigido judicialmente.”¹⁰⁰ (grifos no original)

Contudo, as desonerações feitas pelo Governo Federal, ora em debate, afetaram os repasses indiretos, realizados por intermédio dos fundos, nos termos do art. 159, I, “b” e “d”. Tais repasses e sua natureza jurídica não são os mesmos apresentados no RE e, portanto, são sustentados por regramento constitucional distinto.

Com base no teor do contido no referido artigo, a União entregará ao FPM um total de 23,5% do arrecadado a título de IPI, noutros termos, o Município somente possui direito ao valor líquido arrecadado pela União. É o que assevera Luiz Carlos Fróes Del Fiorentino, ao salientar que:

“O montante do FPM é constituído de 22,5% da arrecadação líquida (arrecadação bruta deduzida de restituições e incentivos fiscais) do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), além de mais 1% que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano (Emenda Constitucional nº 55/2007)”¹⁰¹ (grifos nossos).

É evidente, portanto, que a utilização do termo “entregará”, contido no art. 159, ao invés de “pertence”, encontrado no art. 158, pelo legislador constituinte foi feita de maneira propositada a fim de demonstrar as diferenças supracitadas. Assim, haja vista a receita arrecadada a título de IPI não pertencer aos Municípios, mas sim o produto de sua arrecadação, isto é, o seu valor líquido, descontando-se qualquer tipo de isenções, reduções de alíquota, etc., forçoso concluir pela constitucionalidade das deduções feitas aos repasses constitucionais aos Municípios por intermédio do FMP, em razão das medidas desonerativas realizadas pelo Governo Federal.

Em consonância com os argumentos delineados acima, no voto condutor do Ministro Edson Fachin, foi destacado que “é topos da dogmática jurídica tributária a ideia

¹⁰⁰ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. Pg. 57.

¹⁰¹ DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Pg. 169. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

de que o poder de isentar é decorrência lógica do poder de tributar, ou, metaforicamente, o verso e o anverso de uma mesma moeda”¹⁰².

Nesse sentido, frisou-se que não há que se falar em direito subjetivo a uma participação considerando o potencial máximo da arrecadação, independentemente das renúncias fiscais, sob pena de se desconsiderar a intenção do Poder Constituinte originário a respeito do modelo de federalismo fiscal adotado no Brasil.

Ademais, o Ministro Edson Fachin frisou que “não há como se incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação”, pois, em consonância com o “Manual de Procedimentos de Receitas Públicas”, disponibilizado pelo Tesouro Nacional, os estágio que a receita pública perpassa até o ingresso nos cofres públicos evidenciam, à luz dos artigos 150, § 6º, da Constituição Federal e 14 da Lei Complementar nº 101/2000, que “a desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão da receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação” de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.”¹⁰³

Constou, outrossim, que, a despeito de não se ignorar os impactos financeiros, em razão da assimetria existente, não competia ao Supremo Tribunal Federal desconsiderar as escolhas políticas realizadas pelo Poder Legislativo, notadamente em razão da previsão contida no art. 52, XV, da Constituição Federal, a qual estabelece que compete ao Senado Federal “avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes”.

Nessa toada, nota-se que as medidas de desonerações utilizadas guardaram respeito aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Isso porque, como cediço, a utilização da tributação como maneira de indução da economia, com supedâneo no art. 153, § 1º, da CF, não pode ser realizada sem se atentar aos princípios encartados na Carta Magna, noutros termos, a função extrafiscal dos tributos deve ser utilizada balizando-se pelos interesses e valores encontrados em cada caso, limitando-se pelos princípios tributários.

Assim, verifica-se que, diante do cenário de grave crise econômica internacional que motivou a adoção das desonerações, o Governo Federal buscou minimizar os impactos na economia interna por intermédio de medidas fiscais anticíclicas. Ainda, em virtude da

¹⁰² RE 705423, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018

¹⁰³ RE 705423, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018

possibilidade de uma grande repercussão da crise sobre o mercado brasileiro, conclui-se que as medidas foram adequadas e necessárias para a consecução do fim almejado – proteger a situação econômica do país, consoante à natureza jurídica especial do tributo utilizado, dotado de notória extrafiscalidade.

Por fim, mister se faz destacar que o Governo Federal não se olvidou dos possíveis impactos que as desonerações acarretariam sobre o orçamento dos municípios, tendo editado, conforme supracitado, a Medida Provisória nº 462/09, convertida na Lei nº 12.058/09, a qual versou sobre “a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federados que recebem recursos do (...) FPM, no exercício de 2009, com o objetivo de superar dificuldades financeiras emergenciais decorrentes da crise financeira mundial (...).”¹⁰⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS E O RE 1.288.634/GO

As intervenções do Estado na Economia, como cediço, somente são legítimas se possuírem como finalidade a consecução dos objetivos encartados na Constituição Federal. Com a crise econômica mundial de 2008, o Brasil foi forçado a adotar medidas anticíclicas de intervenção na economia com o fito de diminuir as repercussões negativas no mercado interno, como o aumento massivo do desemprego, a queda no consumo, a falência das indústrias, o aumento da inflação, dentre outras.

Dessa forma, tendo em vista a capacidade de indução por intermédio da tributação como mecanismo apto a influenciar os comportamentos dos agentes econômicos, o Governo Federal valeu-se de inúmeras medidas fiscais, dentre as quais merece destaque a redução das alíquotas de diversos produtos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O referido imposto, além de sua função arrecadatória, possui notória capacidade extrafiscal, ou seja, de estimular ou coibir determinados comportamentos. Em relação ao IPI, o Governo adotou políticas de incentivos, principalmente no setor automobilístico e no setor dos bens de linha branca, pois possuem grande capacidade de estimular o consumo, o investimento industrial e, por conseguinte, evitar a recessão do mercado interno.

Nesse diapasão, valendo-se da competência prevista no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, o qual relativiza o princípio da legalidade tributária, o governo reduziu as alíquotas do IPI incidente sobre diversos produtos, por intermédio de sucessivos Decretos, muito dos quais perduram até os dias atuais.

¹⁰⁴ DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro**. Pg. 162. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

As repercussões negativas da crise, de fato, foram minimizadas. Contudo, como a arrecadação do imposto em debate compõe parcela significativa dos repasses constitucionais obrigatórios aos Municípios, a título de Fundo de Participação dos Municípios – FPM (23,5%), os entes subnacionais restaram prejudicados no tocante a sua autonomia financeira e, com isso, em lograr êxito na concretização de suas ações. Tal impacto verifica-se, principalmente, em virtude da má distribuição vertical das competências tributárias pelo legislador constituinte, tornando os Municípios extremamente dependentes dos repasses constitucionais obrigatórios.

Face a tal impasse, inúmeros Municípios recorreram à Justiça para impedir que os incentivos concedidos pelo Governo Federal incidissem sobre a parcela destinada a eles. Ganhou destaque o pleito do Município de Itabi/SE, o qual ajuizou ação ordinária em face da União, tendo interposto o Recurso Extraordinário nº 705.423, o primeiro a ter a Repercussão Geral reconhecida.

Após a análise dos argumentos trazidos pelo referido Município, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade das desonerações realizadas pela União. Isso ocorre porque, a despeito do alegado pelo ente subnacional, o FPM é instituto jurídico com regramento constitucional próprio, sendo decorrente de uma transferência constitucional obrigatória indireta, com supedâneo no art. 159, I, “b” e “d”, da Carta Magna.

Assim, os Municípios não possuem o direito líquido e certo a receberem o valor arrecadado bruto do IPI, mas sim ao produto de sua arrecadação, nos termos do previsto no artigo alhures mencionado. Tal redação implica, portanto, que o imposto ora vergastado não pertence direta e imediatamente aos Municípios, após a verificação do fato gerador, mas sim o seu produto, após o desconto de todos os incentivos fiscais, bem como de restituições.

Posteriormente ao RE objeto de análise no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal afetou o RE 1.288.634/GO ao Tema nº 1.172, o qual está pendente de julgamento para fins de definição dos “Efeitos da concessão de benefícios fiscais sobre o cálculo da quota devida aos municípios na repartição de receitas tributárias referentes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, a depender do modelo de implantação, como nos Programas Fomentar e Produzir do Estado de Goiás”.

Como objeto da controvérsia, o Egrégio Tribunal analisará a aparente antinomia existente entre as teses firmadas nos Temas 42 e 653, pois naquela entendeu-se que “A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias”, enquanto nesta assentou-se que “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao

Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades”.

Em que pese os Temas versarem sobre impostos distintos, com regramentos constitucionais particulares de distribuição de receitas tributárias, o Supremo consignou que há julgados de ambas as Turmas que compõem o STF adotando posicionamentos contraditórios, de modo ter restado consignado no acórdão que reconheceu a repercussão geral que:

“A matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte conferir segurança jurídica no que respeita à aplicação de seus próprios precedentes (Tema 42, RE 572.762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e Tema 653, RE 705.423, Rel. Min. Edson Fachin), notadamente quanto ao cálculo da quota pertencente aos municípios sobre o produto da arrecadação do ICMS (artigo 158, IV, da Constituição Federal), haja vista a competência conferida aos Estados para promover programas de incentivo fiscal - tais como o Fomentar e o Produzir - e o modo pelo qual tais benefícios são implantados.

(...)

Registre-se que, muito embora o RE no 705.423/SE trate de impostos diversos (IR e IPI) ao discutido neste processo (ICMS), a tese fixada naquele julgamento é no sentido de que a repartição das rendas tributárias previstas, entre outros, no artigo 158 inciso IV da Constituição Federal, deve levar em conta o valor efetivamente arrecadado, e não o que poderia ter sido arrecadado se não fossem os incentivos fiscais.

(...)

Com efeito, nenhuma entidade pode repassar o que não recebeu, de modo que, a meu sentir, a hipótese versada se amolda ao Tema 653 do STF, e não ao de no. 42 - que descreve a hipótese de retenção indevida pelo Estado de parte da parcela do tributo pertencente ao Município, pressupondo que o imposto foi recolhido (convertido em receita) mas não foi repartido - o que, represso, não se constata no caso em estudo.

(...)

Em suma, no caso em apreço é aplicável o Tema 653 do STF, uma vez que os benefícios fiscais instituídos pelos programas FOMENTAR e PRODUZIR operam antes da arrecadação, no exercício legítimo da competência tributária do ente estadual, que lhe permite, inclusive, desonerar a carga tributária, enquanto o Tema 42 pressupõe que o benefício fiscal incida após o recolhimento do tributo (ou seja, após a conversão do tributo em receita), condicionando o repasse ao ente municipal do montante já integrado aos cofres públicos estaduais a determinado requisito previsto em benefício fiscal de âmbito estadual (o que não se verifica in casu). (Doc. 36, p. 60 e 63-65 - grifei)

Para melhor compreensão, ressalto que, no julgamento do RE 572.762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 5/9/2008, paradigma do Tema 42 da repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sofrer limitação, porquanto tal fato configuraria indevida interferência do Estado ou da União no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

Ante a divergência verificada entre as Turmas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.277.998-AgR-EDv, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 2/6/2021, acolheu os embargos de divergência, a fim de afastar a aplicabilidade do Tema 653 da Repercussão Geral, considerando para tanto que os impostos discutidos são distintos, e deu provimento ao recurso extraordinário do Município, em consonância com a tese firmada no RE 572.762 (Tema 42 da Repercussão Geral). Transcrevo a ementa do referido julgado, in verbis:

(...)

Destaco que, por ocasião do julgamento supracitado, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de esta Suprema Corte revisitare a temática e externou sua preocupação com a possibilidade de tratamento anti-isonômico entre os entes federados, in verbis:

Nada obstante, e aqui se situa minha pontual ressalva, a manifestação do eminente Ministro Marco Aurélio lança luzes a que o Tribunal, em futuro não distante, volte a

apreciar a inter-relação entre dois temas já julgados sob a sistemática da repercussão geral em temática semelhante, qual seja: o rateio federativo de receitas tributárias.

É bem verdade, como registrou a eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, que os tributos versados no Tema 42 (RE 572762) e no Tema 653 (RE 705423) são distintos.

**Entretanto, as conclusões a que chegou este Tribunal no julgamento das mencionadas repercussões gerais poderão, possivelmente, conduzir a tratamento anti-isonômico entre os entes federados quanto à liberdade de exercício de sua plena competência tributária. Ressalvo, portanto, eventual amadurecimento e aprofundamento do meu entendimento neste assunto para deliberação futura. (Grifei)”.
105**

Depreende-se, portanto, que a tendência atual da Corte Suprema é privilegiar a isonomia entre os entes federados, à luz do artigo 18 da Constituição Federal, como expressão do próprio federalismo fiscal e, notadamente, do exercício da competência constitucional tributária atribuída a cada ente.

Tal inclinação pode ser aferida, inclusive, na ocasião do julgamento no qual houve declaração de não recepção dos dispositivos anteriores à CF/88 que atribuíam à União preferência creditícia em face dos demais entes federados nas ações de execução fiscal, falência e recuperação judicial¹⁰⁵.

Nessa toada, a despeito das peculiaridades relacionadas a cada espécie tributária, bem como do momento em que instituída a renúncia fiscal, o STF debruçará-se sobre o Tema 1.172, a fim de conferir maior segurança jurídica ao debate, o que pressupõe, necessariamente, uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Luana de Oliveira. Repartição das Receitas Tributárias. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/luanaandrade.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

105ADPF 357, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 06-10-2021 PUBLIC 07-10-2021)

ASSALVE, Danielle. Entenda a crise econômica mundial. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/criseeconomica/entenda-a-crise-economica-mundial/n1597248705930.html>> Acesso em: 25/11/22.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais e Desenvolvimento Econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

BORGES, Antônio de Moura (Org.). Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais. 1. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. v. 1. 588 p.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. IPI – Princípios e Estrutura. São Paulo: Dialética, 2009.

BRAGA, Gustavo Bastos; ABRANTES, Luiz Antonio; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. Impactos da Desoneração do IPI nos Indicadores de Rentabilidade no Setor de Siderurgia e Mineração. Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/Artigo15.pdf>> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 6.687, de 11 de Dezembro de 2008 Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2008/dec6687.htm>>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Medida Provisória nº 447, de 14 de Novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/mpv/447.htm>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 6.825, de 17 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2009/dec6825.htm>>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 6.890, de 29 de Junho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6890.htm>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 6.809, de 30 de Março de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6809.htm. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 6.823, de 16 de Abril de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6823.htm Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 7.394, de 15 de Dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Decreto/D7394.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 7.567, de 15 de Setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7567.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 7.614, de 17 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7614.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 7.619, de 21 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7619.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 7.631, de 1º de Dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7631.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 8.017, de 17 de Maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D8017.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Decreto nº 8.070, de 14 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D8070.htm> Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 577.348/RS. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Acórdão em 26/02/10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 572.762/SC. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Acórdão em 18/06/08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.288.634/GO. Relator(a): Ministro Presidente. Acórdão em 07/10/21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25/11/22.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 25/11/22.

CARDOTE, Leonardo Fernandes Rodrigues. Crise Econômica de 2008: A Interdependência Econômica e as Mudanças no Regime Financeiro Internacional. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.br/index.php/rdugr/article/viewFile/880/570>> Acesso em: 25/11/22.

DALRI TIMM DO VALLE, Maurício. O Princípio da Seletividade do IPI. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_10475_10499.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. As Transferências Intergovernamentais no Federalismo Fiscal Brasileiro. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>>. Acesso em: 25/11/22.

DRUMMOND TEIXEIRA, Humberto Gustavo. A Utilização do IPI enquanto Imposto Extrafiscal para Fins de Proteção do Mercado Nacional. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13769>. Acesso em: 25/11/22.

FEDERAL, Senado. Desonerações tributárias, como a redução de IPI, afetam municípios, pois diminuem os valores repassados pela União do FPM (Fundo de Participação dos Municípios). Disponível em < <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/contas-publicas/realidade-brasileira/desoneracoes-tributarias-reducao-de-ipi-afetam-municipios- pois-diminuiem-os-valores-repassados-pela-uniao-ao-fpm-fundo-de-participacao-dos-municipios.aspx>>. Acesso em: 25/11/22.

GONÇALVES, Reinaldo. Crise econômica: Radiografia e soluções para o Brasil. Disponível em: <<http://laurocampos.org.br/portal/images/arquivo/crisereinaldo.pdf>> Acesso em: 25/11/22.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MACROECONÔMICOS/DIMAC, Diretoria de Estudos. Impactos da Redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de Automóveis. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/2009_nt015_agosto_dimac.pdf> Acesso em: 25/11/22.

MARTINS, Alexandre Marques da Silva. Subsídios tributários e Organização Mundial do Comércio: uma relação difícil. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 9, n. 53, p. 99- 142, set./out. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri; COSIO, Fernando Blanco. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL: diagnóstico e proposta de reforma. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/id/882/4/R159-13.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

NACIONAL. Secretaria da Fazenda. O que você precisa saber sobre as transferências constitucionais e legais. Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaFPM.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

PAIVA, Clarissa Teixeira. A Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521841>. Acesso em: 25/11/22.

PAPADOPOL, Marcel Davidman. A Extrafiscalidade e os Controles da Proporcionalidade e da Igualdade. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16164/000698280.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25/11/22.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 5ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

S.PAULO, Folha de. Entenda como a crise financeira global afeta o Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/02/498780-entenda-como-a-crise-financeira-global-afeta-o-brasil.shtml>> Acesso em: 25/11/22.

S.PAULO, Folha de. Emprego com carteira registra pior resultado em dez anos em dezembro. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/01/491796-emprego-com-carteira-registra-pior-resultado-em-dez-anos-em-dezembro.shtml>>. Acesso em: 25/11/22

S.PAULO, Folha de. Produção industrial cai 12,4% em dezembro; no ano, alta é de 3,1%, diz IBGE. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/02/497886-producao->

[industrial-cai-124-em-dezembro-no-ano-alta-e-de-31-diz-ibge.shtml](#)> Acesso em: 25/11/22.

S.PAULO, Folha de. Veja as medidas já anunciadas no Brasil para combater os efeitos da crise. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/09/464961-veja-as-medidas-ja-anunciadas-no-brasil-para-combater-os-efeitos-da-crise.shtml>> Acesso em: 25/11/22.

S.PAULO, Folha de. Governo publica MP que altera prazo para empresa pagar tributos federais. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/11/468510-governo-publica-mp-que-altera-prazo-para-empresa-pagar-tributos-federais.shtml>>. Acesso em: 25/11/22.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SPINOLA, A.L.F.H; PACCELI, W.C.S. A Função Extrafiscal do IPI à Luz da Crise Econômica de 2008 no Brasil. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12357>. Acesso em: 25/11/22.

TORQUATO, Camila. Limites Constitucionais à Extrafiscalidade como Meio de Intervenção no Domínio Econômico. Disponível em <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3db13e2c1.pdf>. Acesso em: 25/11/22.

UNIÃO, Tribunal de Contas da. Impacto das Renúncias do IPI e do IP sobre os repasses da União. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2013/fichas/4.3%20Impacto%20das%20Renúncias%20do%20IPI%20e%20do%20IR%20sobre%20os%20Repas.pdf . Acesso em: 25/11/22.

COMPLIANCE NA POLÍCIA CIVIL DE PERNAMBUCO COMO PROGRAMA DE PREVENÇÃO, DETECÇÃO E REMEDIAÇÃO AOS ATOS DE CORRUPÇÃO

DIEGO PINHEIRO DE SOUZA:

Delegado da Polícia Civil de Pernambuco, bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, com título de especialista em Criminalidade Organizada pela Academia Nacional de Polícia – ANP e em Ciências Penais pela Universidade Sul de Santa Catarina – UNISUL.

RESUMO: O presente trabalho é uma análise sobre a criação e implementação de um programa de *compliance* na Polícia Civil de Pernambuco como forma de prevenção, detecção e remediação aos atos de corrupção, baseado no apoio da alta gestão, fortalecimento do controle interno, gestão de riscos à integridade e medidas próprias de integridade. Inicialmente, conceituou-se *compliance* para em seguida entender o emprego do *compliance* na Administração Pública. Foi feito um panorama sobre a evolução legislativa nacional sobre *compliance* e sua inserção na legislação do Estado de Pernambuco. Baseada na legislação de Pernambuco, foram discutidas sobre as bases de um Programa de *Compliance* para a Polícia Civil de Pernambuco e sugestões de medidas próprias de integridade, para assim demonstrar a importância e as vantagens que um programa desses poderia trazer para a instituição e seus agentes públicos. Foram utilizadas como metodologia a pesquisa bibliográfica e a pesquisa qualitativa por meio da coleta de dados.

Palavras-Chave: Combate à Corrupção. *Compliance*. Polícia Civil de Pernambuco.

ABSTRACT: This work is an analysis of the creation and implementation of a compliance program in the Civil Police of Pernambuco as a means of prevention, detection and remediation of acts of corruption, based on the support of senior management, strengthening of internal control, risk management to integrity and own integrity measures. Initially, compliance was conceptualized to then understand the use of compliance in Public Administration. An overview was made of the national legislative evolution on compliance and its insertion in the legislation of the State of Pernambuco. Based on the legislation of Pernambuco, they discussed the bases of a Compliance Program for the Civil Police of Pernambuco and suggestions for their own integrity measures, in order to demonstrate the importance and advantages that such a program could bring to the institution and its agents public. Bibliographic research and qualitative research through data collection were used as methodology.

Keywords: Combating Corruption. Compliance. Pernambuco Civil Police.

INTRODUÇÃO

Casos de corrupção em órgãos públicos, que vem sendo amplamente divulgados nos últimos tempos, tornaram o tema combate à corrupção bastante relevante e atual. Várias leis, a nível nacional, foram editadas trazendo novidades na maneira de se combater a corrupção, seja no setor público, seja no setor privado.

Algumas dessas leis, inspiradas em convenções internacionais¹⁰⁶, trouxeram o *compliance*, que é uma ferramenta de governança corporativa, para ser aplicada na administração pública com o intuito de prevenir atos de corrupção. Essa mudança na forma de se combater a corrupção não foi por acaso, os meios de repressão à corrupção, existentes até então, estavam sendo insuficientes e ineficientes diante de tantos casos. De um modo bem simplista, *compliance* significa agir de acordo com a Lei.

Este artigo buscou demonstrar a importância e as vantagens, para a Polícia Civil de Pernambuco e seus agentes públicos, da criação e implementação de um programa de prevenção, detecção e remediação aos atos de corrupção, na instituição, por meio do *compliance*.

O tema será abordado como um programa que além de incentivar a conformidade, cria, implementa, e monitora a efetividade de medidas próprias de integridade, e atua na gestão de riscos à integridade, tudo através do fortalecimento do controle interno, visando criar uma cultura de ética na instituição.

O artigo foi esquematizado em seis capítulos. O primeiro discorrerá sobre conceitos básicos de *compliance* e o *compliance* na Administração Pública. O segundo versará sobre a evolução legislativa nacional sobre *compliance*. O terceiro abordará a inserção do *compliance* na legislação do Estado de Pernambuco. O quarto analisará a atual estrutura da Polícia Civil de Pernambuco - PCPE, no que se refere à sua Unidade de Controle Interno, e a existência de um Programa de *Compliance/Integridade* na PCPE. O quinto discorrerá sobre as bases de um Programa de *Compliance/Integridade* para a PCPE, de acordo com a legislação do Estado de Pernambuco. E por último serão apresentadas sugestões de medidas próprias de integridade para a PCPE.

Utilizou-se, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, com o levantamento de obras, artigos e legislações sobre combate à corrupção e *compliance*, a nível nacional e internacional, bem como a pesquisa qualitativa, por meio da coleta de dados na Secretaria

¹⁰⁶Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos - OEA; Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas – ONU.

da Controladoria Geral do Estado de Pernambuco – SCGE/PE, Secretaria de Defesa Social de Pernambuco – SDS/PE e Polícia Civil de Pernambuco - PCPE.

Vela ressaltar que, no decorrer deste artigo, em certos momentos, utilizou-se a expressão Programa de *Compliance*/Integridade, e em outros, apenas Programa de Integridade. O que diferenciam as duas expressões é que esta é a que consta nas legislações que foram citadas, e aquela é a que se almeja para a PCPE, cuja finalidade é criar uma cultura de ética na instituição. Vale destacar, também, que se delimitou, neste artigo, a aplicação do Programa de *Compliance*/Integridade apenas para a prevenção, detecção e remediação aos atos de corrupção, tendo em vista que o objetivo deste Curso de Especialização é o combate aos crimes relacionados à criminalidade organizada e desvios de recursos públicos.

1. COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A palavra *compliance* tem origem inglesa e significa agir de acordo com a lei. Ela sempre foi muito utilizada no ambiente corporativo para expressar a ideia de conformidade com as normas, conforme afirma Giovanini (2020, p. 122):

A palavra *compliance* é oriunda do verbo *to comply* que se refere, no mundo corporativo, a cumprir e estar em conformidade com as leis, normas e códigos, externos ou internos. As leis anticorrupção internacionais citam *compliance* e, por conseguinte, induzem à formação de um programa para atendimento desses instrumentos legais, agregando atividades e processos com a finalidade de mitigar seus riscos, em busca de alcançar um dos seus principais objetivos: proteger a empresa e seus funcionários.

Historicamente, os chamados programas de *compliance* foram criados nos Estados Unidos, nas grandes corporações privadas, como forma de evitar o cometimento de delitos econômicos, como explica Saad-Diniz e Silveira (2015, p.114):

Os chamados programas de *compliance* surgiram nos Estados Unidos no âmbito de organizações empresariais privadas, com o objetivo de regular suas ações e principalmente garantir a conformidade destas com normas jurídicas e sociais. Importante destacar que os programas de *compliance*, em seu surgimento, possuíam o propósito fundamental de evitar delitos econômicos das referidas organizações empresariais através de um sistema de correção regulada entre Estado e empresas privadas.

Um questionamento feito por Gercwolf (2019, p. 48), e que cabe aqui também, é acerca da necessidade da implementação do *compliance* no setor público, tendo em vista que o cumprimento de normas consiste em um dever para todos, especialmente para o setor público, portanto, a implementação de um programa de *compliance* na gestão pública pode parecer redundante. Para tal questionamento a própria Gercwolf (2019, p. 48) respondeu:

Muito embora existam alguns aspectos que estejam restritos ao âmbito empresarial, é certo que o cerne da lógica do *compliance* se aproveita também à Administração Pública, uma vez que, como se sabe, qualquer instituição está sujeita a riscos. Ademais, a corrupção não é uma exclusividade do meio corporativo.

Assim, resta claro que o enfoque do enfrentamento a prática de condutas ilícitas deve ser trazido também para a seara pública, de modo que através do estabelecimento dos devidos controles internos e com a gestão de riscos adequados a cada órgão público, poderá a Administração contornar situações indesejadas mediante a prévia identificação de riscos.

A seguir, poderá ser efetivada a devida prevenção através de controles, bem como haverá a possibilidade de detecção e monitoramento desses riscos. Eventualmente, em sendo o caso, poderá o sistema de *compliance* auxiliar na identificação de eventuais desvios, e, desse modo, contribuir ao auxiliar a Administração na consecução de seus objetivos.

Para Mendonça (2019), *compliance* na Administração Pública pode ser conceituado como:

Uma ferramenta que, nos dias atuais, acaba por incentivar uma cultura de integridade, internalizando um padrão ético a ser seguido por todos os integrantes do órgão público, com o fim precípua de prevenir e impedir desvios de toda ordem. São adotadas, assim, diretrizes claras que devem nortear o agir dos agentes públicos inseridos nos múltiplos processos de trabalho desenvolvidos na instituição, firmando-se, dessa forma, uma verdadeira identidade ética do órgão.

Já para Mesquita (2019, p.165), conceitua-se *compliance* público como:

Programa normativo de integridade ou conformidade elaborado pelos órgãos e entidades da Administração Pública que, abarcando um conjunto de mecanismos e procedimentos setoriais, se destinaria a promover uma eficaz, eficiente e efetiva análise de gestão de riscos decorrentes da implementação, monitoramento e execução das políticas públicas, procuraria promover um fortalecimento tanto da comunicação interna, como da interação entre os órgãos e entidades da Administração Pública na gestão das políticas públicas, traria uma maior segurança e transparência das informações e controle da corrupção, focado no resultado eficiente, ou seja, na maximização do bem-estar social e na realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social.

Importante observação é feita por Giovanini (2020, p. 121), o qual afirma que o *compliance* na Administração Pública não deve ser visto como sinônimo de proteção, fazer o que for preciso para evitar responsabilização, e sim, como sinônimo de integridade, fazer o certo independente de lei, código ou norma. Ou seja, o *compliance* na Administração Pública não deve ser visto, apenas, como uma blindagem contra atos de corrupção, sua principal finalidade é a criação de um ambiente ético.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL SOBRE *COMPLIANCE*

A Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, e a Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abriram espaço, no setor privado e na administração pública, para um debate mais profundo sobre o *compliance*.

No entanto, desde a década de 1990, quando da publicação da Lei nº 9.613/1998, que além de tipificar os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, dispõe sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, que medidas de *compliance* começaram a ser utilizadas no Brasil, e foi, justamente, como forma de prevenção à lavagem de dinheiro. Sobre o assunto Anselmo (2017) afirma:

Seu destaque no país se deu notadamente após a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que em seu artigo 7º elenca como um dos elementos a serem considerados na fixação de sanções “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e

incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Assim, a área de *compliance* e/ou implementação de programas de integridade passa a ganhar cada vez mais destaque no cenário dos negócios. Antes disso, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) já criava um ambiente de obrigações administrativas a serem seguidas pelos “sujeitos obrigados” a reportar operações suspeitas/atípicas, gama esta ampliada consideravelmente pela reforma da lei em 2012 (Lei 12.683).

Na Lei Anticorrupção, que foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, consta que os atos ilícitos praticados por pessoas jurídicas privadas, em seu interesse ou benefício, contra a Administração Pública, sujeitam as mesmas a certas penalidades administrativas e judiciais. No que se referem às penalidades administrativas, são concedidos benefícios para as pessoas jurídicas privadas que possuem programas de integridade¹⁰⁷, vindo o Decreto nº 8.420/2015, em seu art. 41, conceituar programa de integridade¹⁰⁸. É de se observar que o legislador, nas duas normas mencionadas, não utiliza o termo *compliance*, e sim integridade.

Já na Lei das Estatais, há uma única menção ao termo *compliance*¹⁰⁹, no mais, a referida lei discorre, entre seus diversos artigos, sobre mecanismos de transparência e governança a serem observados pelas estatais, como regras para divulgação de informações, práticas de gestão de risco e controle interno, código de conduta e integridade, canal de denúncias, formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, constituição e funcionamento dos conselhos, requisitos mínimos para nomeação de dirigentes etc.

107 Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

[...]

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

108 Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

109 Art. 9º, § 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação desses membros.

Outras legislações nacionais também são muito importantes para o bom entendimento do tema, como o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, onde são conceituadas governança pública¹¹⁰ e gestão de risco¹¹¹, além de considerar a integridade como princípio da governança¹¹² e o controle como mecanismo para o exercício da governança¹¹³; e o Decreto nº 10.756/2021, que institui o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal, onde são conceituados programa de integridade¹¹⁴ e risco para a integridade¹¹⁵.

Conforme foi visto, a legislação nacional teve predileção pelo termo integridade.

3. COMPLIANCE NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Em relação ao Estado de Pernambuco, a Lei nº 16.520/2018, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, em seu art. 1º, XXII, afirma que compete a Secretaria da Controladoria-Geral do Estado: “coordenar o

110 Art. 2º Para os efeitos do disposto Decreto, considera-se:

I – governança pública – conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;

111 Art. 2º [...]

[...]

IV – gestão de riscos – processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

112 Art. 3º São princípios da governança pública:

[...]

II – integridade;

113 Art. 5º São mecanismos para o exercício da governança pública:

[...]

III – controle, que compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

114 Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I – programa de integridade – conjunto estruturado de medidas institucionais para prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades e de outros desvios éticos e de conduta;

115 Art. 2º [...]

[...]

II – risco para a integridade – possibilidade de ocorrência de evento de corrupção, fraude, irregularidade ou desvio ético ou de conduta que venha a impactar o cumprimento dos objetivos institucionais;

Sistema de Controle Interno da administração pública estadual, na prevenção e no combate à corrupção [...]”.

O Decreto Estadual nº 46.855/2018, que dispõe sobre a política de governança da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, e que é praticamente uma reprodução do Decreto Federal nº 9.203/2017, afirma, em seu art. 19, que os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programas de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos: comprometimento e apoio da alta administração; existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema integridade; e monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade, vindo, no seu art. 20, afirmar que a Secretaria da Controladoria-Geral do Estado, até a data de 07 de dezembro de 2019, estabelecerá os procedimentos necessários à estruturação, à execução e ao monitoramento dos programas de integridade dos órgãos e das entidades da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional, mediante ato normativo próprio.

Já o Decreto Estadual nº 47.087/2019, que dispõe sobre a instituição e o funcionamento das Unidades de Controle Interno, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, decretou que a Unidade de Controle Interno será instância interna de governança do órgão ou da entidade onde for instituída, ficando ela sujeita à orientação e monitoramento da Secretaria da Controladoria-Geral do Estado, órgão central de controle interno, sem prejuízo da subordinação ao órgão ou entidade em cuja estrutura administrativa estiver integrada, e determinou que os órgãos e entidades que possuem unidade de controle interno terão que adaptar seus regulamentos aos estabelecidos no referido Decreto, onde são estabelecidas suas diretrizes, requisitos e competências, e entre estas, a de identificar riscos e estabelecer controles organizacionais.

O Decreto Executivo nº 35.305/2010, que aprovou o Manual de Serviços da Secretaria de Defesa Social, e no qual prevê as atribuições das unidades da Polícia Civil de Pernambuco - PCPE, em seu inc. LXVII, afirma que compete à Unidade de Controle Interno da PCPE exercer as funções de controle interno, com atribuições de coordenar, supervisionar e controlar as atividades de administração financeira, de contabilidade, e de controladoria e auditoria dos contratos no âmbito da PCPE.

Nota-se que as atribuições do Controle Interno da PCPE, de acordo com o mencionado Decreto, são apenas de cunho orçamentário e financeiro, devendo referida Unidade ser estruturada para atender as exigências das recentes normas legais,

principalmente no que se refere à prevenção, detecção e remediação aos atos de corrupção, ficando a parte da responsabilização por conta da Corregedoria Geral da SDS-PE.

Cabe esclarecer que, desde a criação da Secretaria de Defesa Social de Pernambuco – SDS-PE, por meio do art. 1º da Emenda nº 15/1999 da Constituição do Estado de Pernambuco¹¹⁶, a Polícia Civil de Pernambuco perdeu o status de Secretaria de Estado e passou a compor o quadro dos órgãos operativos subordinados à SDS-PE, e com o advento da Lei Estadual nº 11.929/2001, que dispõe sobre a competência e as atribuições da Corregedoria Geral da SDS-PE, a Corregedoria da Polícia Civil de Pernambuco foi extinta, ficando a Corregedoria Geral da SDS-PE como órgão superior de controle disciplinar interno dos demais órgãos e agentes a estas vinculadas, com atribuições, essencialmente, fiscalizatória e punitiva.

4. A ATUAL ESTRUTURA DA PCPE, NO QUE SE REFERE À SUA UNIDADE DE CONTROLE INTERNO, E A EXISTÊNCIA DE UM PROGRAMA DE *COMPLIANCE*/INTEGRIDADE NA PCPE

Visando conhecer a atual estrutura da PCPE, no que se refere à sua Unidade de Controle Interno, bem como obter informações sobre um possível Programa de *Compliance*/Integridade da PCPE, ou de algum projeto nesse sentido, buscou-se coletar algumas informações na Secretaria da Controladoria Geral do Estado de Pernambuco – SCGE/PE, na Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco – SDS/PE e na própria Polícia Civil de Pernambuco - PCPE.

Com a SCGE, obteve-se a informação que o Decreto Estadual nº 46.855/2018, que foi mencionado no capítulo anterior, não é uma norma impositiva, apesar de ter sido criada com essa finalidade, e que ela não estabeleceu um prazo para os órgãos e entidades da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado de Pernambuco instituírem seus programas de integridade, no entanto, segundo a própria SCGE, um trabalho de conscientização está sendo feito com a finalidade de demonstrar as vantagens para os órgãos e entidades que instituírem seus programas de integridade.

Uma importante informação obtida é a de que está em fase de revisão o “Manual de Implementação do Programa de Integridade” que será lançado pela SCGE, onde serão

116Art. 1º Os artigos 61, alínea “g”, e 102, da Constituição do Estado de Pernambuco, passam a ter a seguinte redação:

[...]

Art. 102. A Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, integrantes da Secretaria de Estado responsável pela defesa social, regular-se-ão por estatutos próprios que estabelecerão a organização, garantias, direitos e deveres de seus integrantes, estruturando-os em carreira, tendo por princípio a hierarquia e a disciplina.

estabelecidas orientações para que os órgãos e entidades da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo de Pernambuco adotem procedimentos de estruturação, execução e monitoramento de seus programas de integridade. Conforme foi visto no capítulo anterior, essa era uma determinação do Decreto Estadual nº 46.855/2018.

Sobre a existência de um programa de integridade na SDS-PE e na PCPE, a SCGE informou que ambas não possuem programas de integridade implantados, no entanto, segundo a SCGE, a SDS-PE já possui uma comissão formada para esta finalidade e está, constantemente, em contato com a SCGE para a implantação do seu programa de integridade.

No que se refere ao Controle Interno, a SCGE relatou que tanto a SDS-PE, quanto a PCPE, possuem Unidades de Controle Interno, e que estas têm um bom nível de avaliação perante a SCGE, contudo, ainda não possuem setores específicos para tratar dos temas: integridade, gestão de riscos e gestão de riscos à integridade.

A SDS-PE, por sua vez, informou que o órgão já possui um Programa de Integridade, e que este se encontra em fase de implantação pela Comissão de Ética que foi formada com o apoio da SCGE, e que, atualmente, estão realizando reuniões para priorizar as ações, contudo, o referido Programa de Integridade é específico para a própria SDS-PE, e que não irá abranger seus órgãos operativos – Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, mas há a intenção, por parte da SDS-PE, de se criar programas de integridade específicos para suas operativas.

Em relação ao Controle Interno, a SDS-PE afirmou que possui uma Unidade de Controle Interno em funcionamento, mas que esta não dispõe, ainda, de setores específicos para tratar dos temas: integridade, gestão de risco e gestão de risco à integridade. Indagada se possuem pesquisas ou estudos sobre os principais riscos à integridade de seus agentes públicos, e dos agentes públicos de seus órgãos operativos, esta respondeu negativamente, mas que a Comissão de Ética formada está trabalhando na questão dos riscos.

A SDS-PE ainda informou que não possui um Código de Ética próprio para seus agentes públicos, e para os agentes públicos de seus órgãos operativos, sendo que a Comissão de Ética formada está avaliando a necessidade de se criar um Código de Ética próprio para os agentes públicos da SDS-PE, o que não incluiria os agentes públicos de seus órgãos operativos, mas que os serviços realizados pela Ouvidoria da SDS-PE, que é bem estruturada, abrangem seus órgãos operativos.

Por fim, tentou-se obter informações da própria PCPE sobre a implantação de um Programa de *Compliance*/Integridade na PCPE, ou de algum projeto nesse sentido, mas não houve resposta.

5. PROGRAMA DE *COMPLIANCE*/INTEGRIDADE PARA A PCPE

Por determinação legal, art. 19 do Decreto Estadual nº 46.855/2018, o programa de integridade dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, e aí se inclui a PCPE, deverá ser estruturado em quatro eixos: comprometimento e apoio da alta administração; existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema integridade; e monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

Com base nesses eixos é que as ações e medidas que darão conteúdo ao Programa, a ser formalizado por meio de um Plano de *Compliance*/Integridade, se desenvolverão.

Sobre programa de integridade, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público (2017, p. 6 e 7), dispõe:

Um programa de integridade é o conjunto de medidas e ações institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção. Em outras palavras, é uma estrutura de incentivos organizacionais – positivos e negativos – que visa orientar e guiar o comportamento dos agentes públicos de forma a alinhá-los ao interesse público.

[...]

O programa de integridade possui enfoque preventivo, pois visa de maneira precípua à diminuição dos riscos de corrupção em dada organização. Caso haja algum desvio ou quebra de integridade, o programa deve atuar de maneira a identificar, responsabilizar e corrigir tal falha de maneira célere e eficaz.

E sobre plano de integridade, o referido Ministério, no já citado Manual (2017, p. 15 e 16), afirma:

Plano de Integridade é um documento único que contém, de maneira sistêmica, um conjunto organizado de todas as medidas que devem ser implementadas, em um período determinado de tempo, com a finalidade de prevenir, detectar e remediar as ocorrências de quebra

de integridade nos órgãos e entidades públicas, aprovado pela alta direção e sob responsabilidade de uma determinada área.

[...]

O Plano de Integridade formaliza as principais informações e atividades propostas para implementação de um programa de integridade. Nele estão presentes os riscos de integridade mais relevantes da organização; a avaliação e classificação desses riscos; as propostas de medidas de integridade; as políticas de monitoramento; e os seus responsáveis e respectivas metas, estabelecendo formalmente um compromisso da alta direção e consequentemente de todo o órgão com tais propostas.

Vale ressaltar que um programa de *compliance*/integridade deve ser criado de acordo com o perfil específico de cada órgão ou entidade, levando em conta suas particularidades, a sua realidade.

O comprometimento e apoio da alta gestão é o primeiro eixo para implementação de um programa de *compliance*/integridade. Para Giovanini (2020, p. 104):

A liderança ocupa posição de destaque desde a introdução do programa e, por seu intermédio, o *compliance* penetra na cultura da organização. Assim, a Alta Direção deve desempenhar a função de patrocinadora da iniciativa, permanecendo como alvo de maior atenção dos funcionários, sendo seus atos “imitados” naturalmente, por admiração, por sinais de lealdade, por receio ou por qualquer outra razão. Comprova-se, dessa maneira, a importância do “*walk the talk*”, ou seja, fazer na prática aquilo que prega.

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público (2017, p. 10), citam alguns exemplos de comprometimento da alta direção:

Patrocinar o programa de integridade perante o público interno e externo, ressaltando sua importância para a organização e solicitando o comprometimento de todos os colaboradores e partes interessadas;

Participar ou manifestar apoio em todas as fases e implementação do programa;

Adotar postura ética exemplar e solicitar que todos os colaboradores do órgão ou entidade também o façam;

Aprovar e supervisionar as políticas e medidas de integridade, destacando recursos humanos e materiais suficientes para seu desenvolvimento e implementação.

No caso da PCPE, a mais alta autoridade da instituição é o Chefe de Polícia Civil.

O segundo eixo é a existência de uma unidade interna - criação ou o aperfeiçoamento de uma pré-existente, no órgão ou na entidade, que seja responsável pelo acompanhamento, monitoramento e gestão das ações e medidas de integridade a serem implantadas.

Esta unidade deve ser autônoma, independente, imparcial, possuir recursos materiais, financeiros e humanos necessários para o desempenho de suas atribuições funcionais.

Conforme foi falado, a PCPE possui uma Unidade de Controle Interno, no entanto, não possui a devida estrutura para acompanhar o desenvolvimento e a implementação das políticas de *compliance*/integridade na instituição.

O terceiro eixo é a análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema integridade.

No entendimento de Nohara (2020, p. 403), "risco é a possibilidade de ocorrência de um evento que tenha impactos negativos, provocando uma perda, um dano ou, por consequência, o acionamento do sistema de responsabilidades". Já risco para a integridade, por definição legal - art. 2º, II, do Decreto Federal nº 10.756/2021, é a "possibilidade de ocorrência de evento de corrupção, fraude, irregularidade ou desvio ético ou de conduta que venha a impactar o cumprimento dos objetivos institucionais".

No Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional (2018, p.13), o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União conceitua gestão de riscos e gestão de riscos para a integridade como:

A gestão de riscos pode ser definida como o processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

A gestão de riscos para a integridade consiste em ferramenta que permite aos agentes públicos mapear os processos organizacionais das instituições que integram, de forma a identificar fragilidades que possibilitem a ocorrência de fraudes e atos de corrupção.

Sobre o terceiro eixo, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público (2017, p. 12), afirma:

Um programa de integridade deve ser guiado por uma contínua identificação, análise e avaliação dos riscos aos quais os órgãos e entidades públicas estejam vulneráveis. Tão somente conhecendo suas áreas e processos mais sensíveis, será possível criar controles ou adaptar os já existentes de forma efetiva.

O levantamento e análise de riscos realizados previamente à implementação do Programa de Integridade ajudarão a organização a identificar suas vulnerabilidades e as áreas mais suscetíveis à corrupção, o que lhe dará a oportunidade de atuar de maneira mais direcionada e especializada, para prevenir de forma mais eficiente e eficaz a possibilidade de ocorrências dos eventos apontados (modelo “Taylor Made”) 117.

Se a PCPE tivesse uma Unidade de Controle Interno estruturada, a instituição poderia identificar quais os principais riscos à integridade está sujeita, e quais áreas estão mais vulneráveis a esses riscos, e após a identificação, poderia ser feita a análise, avaliação e o estabelecimento de medidas próprias de tratamento para esses riscos.

Uma maneira simples e eficiente de identificar os riscos à integridade é verificando os riscos que se materializaram no passado, ou seja, verificar os casos de corrupção ocorridos envolvendo agentes públicos da PCPE, e tais dados podem ser obtidos com a Corregedoria Geral da SDS-PE.

O quarto eixo é o monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade, e isso se faz necessário para promover os ajustes e as atualizações do programa, identificar novos riscos para a integridade, bem como implementar novas medidas mitigadoras.

117Modelo que se baseia na personalização de serviços para atender necessidades específicas, “sob medida” para atender o cliente.

Esse monitoramento contínuo é uma das razões que irá diferenciar um programa de integridade meramente formal, onde apenas se estabeleceu mais uma normativa para combater a corrupção, de um verdadeiro programa de *compliance*, onde se busca uma mudança cultural na instituição, incentivando a integridade. Sobre um verdadeiro programa de *compliance*, Mendonça (2019) afirma:

Um aspecto, porém, é digno de toda a atenção. De nada vale um programa de integridade formalmente perfeito, alinhado aos valores mais elevados que regem o agir administrativo, sem que verdadeiramente promova a efetivação de uma cultura ética no seio da instituição, isto é, sem que consiga impregnar na conduta do agente público a marca da identidade ética da instituição, sob pena de revelar-se um programa de integridade meramente de fachada. *Compliance* de fachada também configura um ato de corrupção, na medida em que corrompe a própria essência e razão de existir do programa de integridade, mascarando a real intenção do agente público.

É de se observar que o terceiro e quarto eixos dependem sobremaneira da efetivação do segundo eixo, que só será implementado se houver interesse da alta administração da instituição.

6. SUGESTÕES DE MEDIDAS DE INTEGRIDADE PARA A PCPE

Medidas de integridade, como o próprio nome diz, são medidas que o órgão ou entidade pode tomar para evitar ou mitigar riscos de integridade.

Este capítulo não tem a pretensão de sugerir medidas mirabolantes de integridade, muito pelo contrário, o intento foi sugerir medidas que já existem e que são utilizadas tanto no setor privado quanto no setor público, e que sejam as mais compatíveis com as peculiaridades das funções exercidas pela Polícia Judiciária de Pernambuco.

Inicialmente, deve-se criar um Código de Ética próprio para a PCPE, direcionado às suas especificidades, e que seja detalhado e claro, com disponibilização e divulgação, tanto em cópias impressas, como na internet e intranet.

Criar um canal para que os agentes públicos da PCPE possam tirar dúvidas e solicitar orientações do que é ou não aceitável para a instituição, de como decidir que conduta adotar diante de dilemas éticos, o que fazer em caso de dúvidas e o que fazer caso suspeitem de condutas irregulares.

Promover medidas educativas quanto aos valores éticos expressos no Código de Ética.

Capacitar e divulgar informações, periodicamente, sobre o Programa de *Compliance*/Integridade da PCPE implantado.

Condensar as normativas de interesse dos agentes públicos da PCPE, como por exemplo: uso de viaturas e demais bens da instituição, recebimento de brindes e presentes, uso de redes sociais, guarda de bens apreendidos e possível descarte ou destruição destes bens, horários, folgas, jornada extraordinária etc. Além de condensadas, essas normativas devem ser divulgadas e de fácil consulta.

Criar políticas de prevenção de conflitos de interesses, durante e após o exercício da função pública na PCPE, visando, nesse último caso, resguardar a informação privilegiada.

Realização de diligências prévias, conforme o caso, para verificar informações sobre fornecedores e prestadores de serviços a serem contratados pela PCPE.

Criar canais de denúncias e políticas de incentivo às denúncias e proteção aos denunciantes, bem como procedimentos de checagem e encaminhamento de denúncias internas e externas.

Além desses exemplos de medidas, deve-se analisar e avaliar a implementação de medidas que sejam eficientes, de acordo com os riscos integridade previamente detectados, buscando assim evitá-los ou remediá-los.

CONCLUSÃO

O uso do *compliance*, no combate à corrupção, de uma maneira geral, já é uma realidade na Administração Pública Federal do Brasil.

Em Pernambuco, apesar de já existir normativa disciplinando a instituição do programa de integridade para aos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, com o objetivo de combater a corrupção, houve pouca adesão por parte destes órgãos e entidades.

Ademais, conforme as informações coletadas na Secretaria da Controladoria Geral do Estado e na Secretaria de Defesa Social, entende-se que a Polícia Civil de Pernambuco não tem um Programa de *Compliance*/Integridade implantado, e nem tem projeto nesse sentido, e no que se refere ao Programa de Integridade da SDS-PE, que está em fase de implantação, este não se aplicará à PCPE.

Diante de tais constatações, seria importante que a PCPE, com o comprometimento e apoio da alta gestão, tivesse uma Unidade de Controle Interno estruturada, com meios de detectar as áreas de riscos para a integridade, condições de criar, implementar e

monitorar medidas próprias de integridade, com foco nas peculiaridades das funções exercidas pelos agentes públicos da instituição.

O fortalecimento da Unidade de Controle Interno da PCPE proporcionaria, para a instituição, a oportunidade de identificar os riscos à integridade dos seus agentes públicos, e assim propor medidas de integridade próprias e específicas, bem como a capacidade de realizar o monitoramento contínuo do Programa de *Compliance*/Integridade a ser implantado, tornando este um verdadeiro Programa de *Compliance*, com potencial de introduzir uma cultura de integridade na instituição.

A criação e implementação de um Programa de *Compliance*/Integridade próprio para PCPE, além de prevenir atos de corrupção, minimizaria responsabilizações administrativas e penais de seus agentes públicos pela prática desses atos, e quando houvesse a necessidade de responsabilização de algum servidor da PCPE, pela prática de algum ato de corrupção, a Unidade de Controle Interno da PCPE atuaria de forma a auxiliar a Corregedoria da SDS-PE e as Delegacias de Combate à Corrupção de Pernambuco, tornando as investigações mais céleres e eficientes.

A escolha do tema deste artigo não visou expor qualquer tipo de deficiência na instituição, muito pelo contrário, a intenção foi mostrar a importância e as vantagens que um Programa de *Compliance*/Integridade, próprio para a PCPE, poderia trazer para a instituição e seus agentes públicos, ao se criar uma cultura de ética na instituição.

A finalidade sempre foi a de fortalecer a imagem da instituição perante a sociedade e os demais órgãos governamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília-DF, DOU de 19.03.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acessado em 01.09.2021.

_____. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília-DF, DOU de 23.11.2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acessado em 01.09.2021.

_____. Decreto nº 10.756, de 27 de julho de 2021. Institui o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal. Brasília-DF, DOU de 27.07.2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10756.htm. Acessado em 01.09.2021.

_____. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília-DF, DOU de 04.03.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acessado em: 13.09.2021.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília-DF, DOU de 02.08.2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acessado em 01.09.2021.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília-DF, DOU de 01.07.2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acessado em: 01.09.2021.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia prático das unidades de gestão da integridade: orientações para instituição, aperfeiçoamento e uniformização nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>. Acessado em: 14.10.2021.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia prático de gestão de riscos para a integridade: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acessado em: 14.10.2021.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt->

[br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf).
Acessado em: 14.10.2021.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Manual para implementação de programas de integridade: orientações para o setor público. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acessado em: 14.10.2021.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Criminal compliance* e a investigação de crimes contra a empresa. Consultor Jurídico, 8 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acessado em: 30.07.2021.

BREIER, Ricardo. Implementação de programas de *compliance* no setor público é um desafio. Consultor Jurídico, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>. Acessado em: 10.08.2021.

GERCWOLF, Suzana. *Compliance* na administração pública federal: instrumento de governança, gestão de riscos e sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019.

GIOVANINI, Wagner. Mecanismos de integridade ou arma para proteção? *In*: Paula, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 119-134.

_____. Programas de *compliance* e anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In*: Paula, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 101-117.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. Protocolos de *compliance* na administração pública e a necessária descorrupção. Consultor Jurídico, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica>. Acesso em 06.08.2021.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147 – 182, maio 2019. Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/download/20587/21695/47023>. Acessado em: 20.10.2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: Paula, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance*, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 399-414.

PERNAMBUCO. Decreto Executivo nº 35.305, de 08 de julho de 2010. Aprova o Manual de Serviços da Secretaria de Defesa Social, e dá outras providências. Recife-PE, DOE de 09.07.2010. Disponível em:
<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=6&numero=35305&complemento=0&ano=2010&tipo>. Acesso em 09 de março de 2021

_____. Decreto nº 46.855, de 7 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a política de governança da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional. Recife-PE, DOE de 08.12.2018. Disponível em:
<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=41716&tipo=TEXTTOORIGINAL>. Acesso em 09 de março de 2021.

_____. Decreto nº 47.087, de 1 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre a instituição e o funcionamento das Unidades de Controle Interno, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual. Recife-PE, DOE de 05.02.2019. Disponível em:
<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=41716&tipo=TEXTTOORIGINAL>. Acesso em 09 de março de 2021.

_____. Lei nº 11.929, de 02 de janeiro de 2001. Dispõe sobre a competência e as atribuições da Corregedoria Geral da Secretaria de Defesa Social, órgão superior de controle disciplinar interno, cria o Conselho Estadual de Defesa Social e dá outras. Recife-PE, DOE de 03.01.2001. Disponível em:
<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=2502&tipo=TEXTTOATUALIZADO>. Acessado em: 19.09.2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 114.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO MUNICÍPIO DE RIO PRETO DA EVA-AM NO PERÍODO DE 2020-2022

HIANAEL SAMARA DE SOUZA E SILVA:

Graduanda no curso de Direito pelo
Centro Universitário Faculdade
Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O presente trabalho visa comparar dados da violência doméstica no município de Rio Preto da Eva, no período de 2020 a 2022, isto é, os três últimos anos, inclusive em meio à pandemia de COVID-19. A pesquisa tem como enfoque principal verificar o quadro de violência doméstica na localidade, apresentando-a estatisticamente. Inicialmente, a pesquisa disserta sobre as origens de tal violência e o procedimento da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340 de 2006), demonstra as políticas públicas utilizadas na prevenção e no combate à violência doméstica e familiar e aborda acerca dos crimes cometidos sob a égide da Lei Maria da Penha. No percurso da pesquisa, analisou-se as notícias de crime por parte de vítimas ou familiares, fazendo-se um levantamento. Após, analisou-se tais ocorrências com crimes patrimoniais e demais, o que, metodologicamente, a representatividade de tais crimes domésticos. O objetivo, assim, é trazer à academia um panorama de um município com baixa densidade demográfica que possibilite a averiguação da ocorrência dos crimes de violência doméstica, apresentando, ao final, um estudo sobre as políticas públicas direcionadas à matéria.

Palavras-chave: Violência Doméstica; Lei Maria da Penha; Políticas Públicas; Rio Preto da Eva/AM.

ABSTRACT: The present work aims to compare data on domestic violence in the municipality of Rio Preto da Eva, from 2020 to 2022, that is, the last three years, including in the midst of the COVID-19 pandemic. The main focus of the research is to verify the situation of domestic violence in the locality, presenting it statistically. Initially, the research discusses the origins of such violence and the procedure of the Maria da Penha Law (Law n. 11,340 of 2006), demonstrates the public policies used in the prevention and combat of domestic and family violence and addresses the crimes committed under the aegis of the Maria da Penha Law. During the course of the research, crime news from victims or family members was analyzed, and a survey was carried out. Afterwards, such occurrences with property crimes and others were analyzed, which, methodologically, the representativeness of such domestic crimes. The objective, therefore, is to bring to the academy an overview of a municipality with low demographic density that allows the investigation of the occurrence of crimes of domestic violence, presenting, in the end, a study on the public policies directed to the matter.

Keywords: Domestic Violence; Maria da Penha Law; Public Policy; Rio Preto da Eva/AM.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. LEI Nº.11.340/06 E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. 2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. 3. VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO AMAZONAS E NO MUNICÍPIO DE RIO PRETO DA EVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Durante séculos, na maioria das sociedades, eram governadas por homens, que criavam as leis, administravam as famílias e o estado, ou seja, ocupavam todos os setores da sociedade, desde os mais simples, até os mais altos escalões da sociedade.

Assim, durante muitos anos a mulher passou a ter um papel social “secundário”, muitas vezes jogadas para os cantos sociedade, não possuindo, portanto, qualquer outro papel que não fossem os cuidados domésticos e a reprodução.

Com o passar do tempo, com cada vez mais as mulheres impondo sua introdução nas mais diversas esferas da sociedade, foi ficando cada vez mais visível e claro as inúmeras agressões sofridas por elas, em todas as formas possíveis e imagináveis, indo muito além da agressão física.

Tardiamente, como parte desse processo histórico, é que surge a Lei nº 11.340/06 batizada popularmente como Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha, é a primeira legislação brasileira elaborada visando a criação de mecanismos de proteção e defesa das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A referida lei supre uma lacuna legislativa histórica, bem como reflexo da luta daquela a quem lhe concedeu o nome, a enfermeira Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio.

A Norma define as formas de violência, bem como o que é violência doméstica e familiar, além de definir quem pode ser o sujeito passivo (vítimas) e ativo do crime.

Quanto a violência doméstica e familiar no Brasil, destacam-se os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o qual destaca que entre março de 2020 e dezembro de 2021, foram registrados 2.451 feminicídios e 100.394 estupros de vulneráveis, sendo as vítimas mulheres.

O Estado do Amazonas é um dos que possui altos índices casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda mais se formos comparar a taxa por cada 100 mil habitantes.

Delimitando ainda, quando chegamos ao Município de Rio Preto da Eva, segundo pesquisas realizadas, que se tem é um número cada vez mais crescente de inquéritos instaurados e de medidas protetivas concedidas no município.

Assim, é importante compreender que efeitos as políticas públicas de proteção as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, no Estado e no município, tem sido importante que haja um aumento cada vez maior das denúncias.

1 LEI Nº.11.340/06 E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei nº. 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, é a primeira legislação brasileira de proteção às mulheres no âmbito das relações familiares, bem como das relações íntimas de afeto.

A Lei Maria da Penha, é o instrumento jurídico que visa coibir todas as formas de violência contra mulher no âmbito familiar e nas relações de afeto, bem como cria mecanismos de proteção e amparo às vítimas.

Art. 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.

A referida Legislação é fruto das recomendações da Corte Interamericana de Direitos humanos, a qual, determinou ao Brasil dar continuidade e fortalecer o processo de reforma legislativa que evite/coíba a tolerância estatal e o tratamento discriminatório em relação à violência doméstica contra mulheres no país, bem como da Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir E Erradicar A Violência Contra A Mulher “Convenção De Belém Do Pará”, introduzida ao sistema jurídico interno através do Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Além das normas internacionais aderidas pelo Brasil, a lei Maria da Penha visa cumprir a determinação constitucional do artigo 226, §8º da Constituição da República do Brasil.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Assim, a lei Maria da Penha, visa proteger às mulheres de violências ocorridas: “no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL. 2006).

Além disso, conforme parágrafo único do artigo 5º da Lei Maria da Penha, o sujeito ativo do crime, independente de orientação sexual, ou seja, pode ser um homem ou até mesmo outra mulher.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A referida lei nos apresenta as formas de violência nas quais as mulheres podem ser vítimas. Para ocorrer alguma dessas formas de violência, independente do sexo do sujeito ativo, podendo ser tanto um homem, como outra mulher.

Cabe reforçar, que segundo a legislação, são considerados sujeitos ativos (aqueles que cometem o crime) tanto homens, quanto mulheres.

Como sujeito passivo, no que lhe concerne, é pessoa do sexo feminino. Todavia, é entendido e pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1977124 / SP, que mulheres trans também podem ser sujeitos passivo para aplicação da lei Maria da Penha, podendo ser beneficiada com as medidas protetivas de urgência.

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra **mulheres**. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas **trans**, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha.

3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida tão somente à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.

4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em

comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e **mulheres**. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher **trans** mulher é.

6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.

7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões - segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima - são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas.

8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.

Assim, destaca-se o que diz a própria lei Maria da Penha sobre as formas de violência.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, 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;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Nessa linha, estão os ensinamentos de Damásio de Jesus:

Entende-se por violência familiar, intrafamiliar ou doméstica toda ação, ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade, causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade. No fenômeno da violência familiar existem três variáveis (o gênero, a idade e a situação de vulnerabilidade) que são

decisivas na hora de estabelecer a distribuição de poder e, conseqüentemente, determinar a direção que adota a conduta violenta, bem como quem são as vítimas mais frequentes.”(JESUS,pág.07)

Outro ponto que merece destaque sobre a referida lei, é o fato de esta deixar claro toda forma de violência contra mulher, compreende formada de violação aos direitos humanos.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Visando efetivar as determinações legais, o estado desenvolve políticas públicas que buscam trazer ao mundo “real” aquelas que são, até em tão apenas normas abstratas.

Compreende-se políticas públicas como conjunto de ações desenvolvidas pelo Estado, objetivando o atendimento de determinados interesses da sociedade, protegendo grupos vulneráveis e oprimidos.

Nesse trilhar, destaca Elenaldo Celso Teixeira.

Políticas públicas - São diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as “não-ações”, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

As políticas públicas, são, portanto, o “braço” do Estado que alcança esses grupos, tornando-os sujeitos visíveis, trazem, tornam suas lutas mais claras e perceptíveis, os fazendo parte efetivamente integrante da sociedade.

Além disso, estas políticas públicas podem ser desenvolvidas em parceria com entidades não governamentais, bem como as sociedades privadas, visando alcançar o

maior número de pessoas, bem como integrar toda a sociedade na luta do direito desses grupos.

Ao que se referem à proteção da mulher, algumas ferramentas estatais foram desenvolvidas, mesmo, que não tenham sido desenvolvidas pelos órgãos de gestão da administração pública (executivo municipal, estadual e federal), porém representam um passo importante nessa luta contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Sem dúvida alguma, uma das mais importantes ações do Estado, nesse caso desenvolvida através do poder legislativo federal, tem-se a criação da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que cria a qualificadora do feminicídio ao artigo 121 do Código Penal/40.

A qualificadora do feminicídio, além de dar um tratamento mais gravoso os casos de homicídio envolvendo mulheres, também nos ajuda a compreender melhor os dados de violência que envolvem mulheres, bem como tornam os dados mais claros e objetivos.

O próprio tipo penal, por meio do parágrafo 2º, nos apresenta o que o código penal compreende como “razões da condição do sexo feminino”.

Outro ponto que merece destaque, é a previsão do feminicídio como crime hediondo, segundo determina o Art. 1º, I da Lei 8.072/90 (Lei de crimes Hediondos), que tem como uma de suas consequências, o período maior para progressão de pena.

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, **VI**, VII, VIII e IX) (negrito nosso)

Com forma de tornar mais rigorosa a aplicação da Lei Maria da Penha, esta traz em seu artigo 41, que não são aplicados aos crimes envolvendo a lei Maria da Penha, os institutos da Lei nº 9.099/95.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Assim, não são aplicados aos casos envolvendo a Lei Maria da Penha os institutos da Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal. Nesse sentido, tem-se a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça.

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha (Súmula n. 536, Terceira Seção, julgado em 10/6/2015, DJe de 15/6/2015.)

Além disso, outra importante ferramenta trazida pela lei Maria da Penha, é a previsão de concessão de medida protetiva de urgência.

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão, após sua concessão, imediatamente registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso instantâneo do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

As medidas protetivas de urgência, representam uma importante ferramenta de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, visto, que cria ao agressor a obrigação de não se aproximar da vítima e não manter com esta, qualquer tipo de contato.

Ainda, visando estender essa proteção aos locais, quem que não um juiz de plantão, por não se considerado comarca, a Lei Maria da penha, através do artigo 12-C, destaca que a medida protetiva de urgência poderá ser concedida pelo Delegado de polícia, desde que, comunicada à autoridade judiciária no prazo de 24 horas.

Art. 12-C. Verificada a existência de 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, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

No âmbito do poder executivo federal, destaca-se a Política Nacional De Enfrentamento À Violência Doméstica Contra Mulher, que estabelece o II Plano Nacional de Políticas Para As Mulheres, que visa enfrentar as diversas formas de agressão aos direitos das mulheres a partir de uma visão de gênero e de uma visão integral deste fenômeno.

Nessa linha, destaca o II Plano Nacional de Políticas para as mulheres:

Ampliar e aperfeiçoar a Rede de Prevenção e Atendimento às mulheres em situação de violência (assistência); Garantir a implementação da Lei Maria da Penha e demais normas jurídicas nacionais e internacionais. (combate e garantia de direitos); Promover ações de prevenção a todas as formas de violência contra as mulheres nos espaços público e privado (prevenção); Promover a atenção à saúde das mulheres em situação de violência com atendimento qualificado ou específico (assistência); Produzir e sistematizar dados e informações sobre a violência contra as mulheres (prevenção e assistência); Garantir o enfrentamento da violência contra as mulheres, jovens e meninas vítimas do tráfico e da exploração sexual e que exercem a atividade da prostituição (prevenção, assistência e garantia de direitos); Promover os direitos humanos das mulheres encarceradas (assistência e garantia de direitos). Além das prioridades mencionadas, a Política Nacional incorporará ações voltadas para o tráfico de mulheres, para a garantia de direitos das mulheres em situação de prisão e para o combate à feminização da AIDS.

Já no Estado do Amazonas, uma das principais políticas públicas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, é a criação do Serviço de Apoio

Emergencial à Mulher (SAPEM) que possui 4 unidades na capital Manaus, e visa amparar mulheres vítimas de violência, bem como oferecer os suportes necessários para que estas possam viver com dignidade.

O Serviço de Apoio Emergencial à Mulher (SAPEM) integra a rede de atenção em defesa dos direitos da mulher, objetivando em caráter emergencial, executar ações que viabilizam o combate e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além disso, de forma ostensiva, tem-se a criação da Ronda Maria da Penha, que visa garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência, bem como oferecer apoio e acompanhamento a vítima, além de proteger e resguardar a segurança física das vítimas.

3 VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO AMAZONAS E NO MUNICÍPIO DE RIO PRETO DA EVA

O Estado do Amazonas possui aproximadamente 4.356.470 habitantes, sendo 49,82% dessa população mulheres. Todavia, o Amazonas é um dos Estados mais violentos do país, especialmente em crimes contra mulheres.

Somente entre os meses de agosto e setembro de 2022, 864 pessoas foram presas por crimes contra mulheres na Região Norte e 1.249 boletins de ocorrência registrados apenas durante este período no Amazonas (ROCHA. 2022)

Os dados são ainda piores se compararmos com outros anos, conforme destaca o II Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), quando analisados os dados em relação à violência contra mulheres no Estado do Amazonas.

Destaca-se que entre os anos 2020 e 2021 o Estado do Amazonas registrou um aumento de 61% em relação ao mesmo período em anos anteriores, subindo de 68 para 110 casos. Ainda, houve um aumento de 70% nos casos de tentativas de homicídio, subindo de 30 para 51 casos, conforme o II Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022),

Sobre os casos de feminicídio, desta II Anuário Brasileiro de Segurança Pública:

Esse número de feminicídios sinaliza uma possível falha do Estado no que tange à garantia de eficácia às medidas protetivas de urgência. Conforme já destacado, a violência doméstica é progressiva, ou seja, tende a começar com agressões verbais, humilhações e constrangimentos, podendo evoluir para agressões físicas e até para o seu ápice, que é o feminicídio. Portanto, até chegar ao extremo de ser assassinada, a vítima muito provavelmente já passou por outros

tipos de agressão e, em muitos casos, já buscou ajuda do Estado — o qual, por sua vez, mostrou-se incapaz de assegurar-lhe a devida proteção.

Dentre as principais vítimas de feminicídio no Amazonas, têm-se as mulheres Negras, com faixa etária entre 18 e 24 anos, muitas destas em situação de vulnerabilidade social e/ou econômica.

Ainda segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, somente no Amazonas foram concedidas no ano de 2020 um total de 8.220 medidas protetivas de urgência e, em 2021, foram concedidas 8.764 medidas protetivas.

Além disso, em 2020 foram registradas 1.521.140 ligações ao 190 da polícia relacionadas a prática violência doméstica, e em 2021 foram registradas 1.433.936 ligações somente no Estado do Amazonas.

Ao que se refere ao município de Rio Preto da Eva, ao serem analisarmos os dados da delegacia da cidade, percebe-se um número crescente de inquéritos instaurados e medidas protetivas descumpridas.

A premissa da pesquisa partiu do citado aumento do número de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres no período de pandemia da COVID-19, conforme amplamente difundido nos portais de notícias do país a citar.

Pesquisa aponta que violência contra mulher aumentou na pandemia
(Rádio Agência Nacional, 2021)

A pesquisa buscou, então, analisar se tal situação era verdadeira em relação ao Município de Rio Preto da Eva, no Amazonas. Para isso, como metodologia, analisou-se Livro de Inquéritos Policiais Remetidos à Justiça Pública do município, no 36° DIP-RPE, onde constatou-se que os casos de violência doméstica no município se dão em números expressivos, e que, no corrente ano até no início do mês de novembro, houve aumento significativo de inquéritos de violência doméstica instaurados, se comparado ao ano de 2020 e ano de 2021, ultrapassando inclusive, inquéritos de roubo e furto.

Após isso, segundo a pesquisa realizada sobre a quantidade de inquéritos instaurados no município, chegou-se aos seguintes dados:

Tabela 1 – Inquéritos remetidos à justiça - 2020

| Furto | Roubo | Violência doméstica | Descumprimento |
|-------|-------|---------------------|----------------|
|-------|-------|---------------------|----------------|

| | | | |
|----|----|----|---------------------|
| | | | de medida protetiva |
| 08 | 06 | 64 | 05 |

Fonte: Livro de inquéritos remetidos do 36º DIP – Rio Preto da Eva

Tabela 2 – Inquéritos remetidos à justiça - 2021

| Furto | Roubo | Violência doméstica | Descumprimento de medida protetiva |
|-------|-------|---------------------|------------------------------------|
| 13 | 11 | 53 | 02 |

Fonte: Livro de inquéritos remetidos do 36º DIP – Rio Preto da Eva

Tabela 3 – Inquéritos remetidos à justiça de janeiro a novembro - 2022

| Furto | Roubo | Violência doméstica | Descumprimento de medida protetiva |
|-------|-------|---------------------|------------------------------------|
| 37 | 05 | 105 | 08 |

Fonte: Livro de inquéritos remetidos do 36º DIP – Rio Preto da Eva

Quanto às medidas protetivas, foram descumpridas no ano de 2020 o quantitativo de 05 medidas protetivas, em 2021 apenas duas, em 2022, foram descumpridas 08 medidas protetivas de urgência.

Veja-se que, por delimitação temática, não foram analisados dados relativos aos entornos do Município, os chamados Ramais, os quais não buscam acesso à Delegacia ou ao Poder Judiciário e, nesse sentido, os números podem ser maiores.

Isto porque, por se tratar de área rural e muitas vezes sem acesso a delegacias ou até mesmo internet para registrar o boletim de ocorrência, muitos casos acabam não sendo catalogados e apresentados como estatísticas.

Esses números elevados, não só de inquéritos instaurados, como de descumprimento das medidas protetivas, nos levam a pensar que há uma falha nas políticas públicas de prevenção e nos órgãos públicos responsáveis por desenvolver ferramentas a nível municipal para haver uma colaboração entre todas as esferas de poder, para que esses índices sejam diminuídos.

CONCLUSÃO

Ainda hoje, com todo o processo de evolução social e luta das mulheres pelo seu espaço na sociedade, nota-se que processo de inferiorização e de agressão às mulheres está enraizado na cultura social do Brasil.

A Lei Maria da Penha, é uma das ferramentas desenvolvidas pelo estado com o objetivo e erradicar, ou de forma mais emergente, diminuir os casos, criando ferramentas que permitam não só a vítima informar o caso as autoridades, como não ser mais refém do agressor.

Nessa linha, muito bem destaca a lei Maria da Penha, ao deixar claro que as formas de violência contra mulher correspondem à violação os direitos humanos.

Compreendemos, ainda, a importância que outras normas e políticas públicas têm na efetividade da proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, fomentando não só outros canais de denúncia, como criando uma rede de amparo para estas vítimas.

Quanto aos dados do Amazonas, o que se tem são números altíssimos em todas as formas de violência doméstica contra mulheres, sejam lesões corporais, ameaças, além de outras formas de crimes previstas na lei Maria da Penha.

Quando analisamos os dados do município de Rio Preto da Eva, o que se tem é um aumento nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, se compararmos aos anos anteriores (2020 e 2021).

Assim, conclui-se que os elevados números de violência contra mulher no Estado do Amazonas, em especial no município de Rio Preto da Eva, muito possivelmente se dão, devido a pouca efetividade das políticas públicas de prevenção e combate à violência contra a mulher.

Destaca-se que é necessário que o Estado, em conjunto com todas as forças públicas, fomente informações acerca dessas políticas públicas, as tornando essas políticas amplamente conhecidas pelo público alvo.

O que não deve ocorrer, toda via, é o abandono por parte do poder público dessa temática, visto, que tal abandono, representa um atraso ao processo evolutivo das políticas de prevenção à violência contra mulher.

Desta feita, para que efetivamente possa ocorrer a diminuição desses índices, é preciso que o Estado, em conjunto com o município de Rio Preto da Eva, desenvolvam novas políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulher, bem como tornem mais efetivas as políticas públicas já estabelecidas, visando o fortalecimento e o aprimoramento destas, para que com isso ocorra a diminuição dos índices de violência contra mulher no Município de Rio Preto da Eva, conseqüentemente no Estado do Amazonas.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Livro de Inquéritos Remetidos à Justiça Pública. s/n. período: 2020 a 2022. 36º Distrito Integrado de Polícia do Município de Rio Preto da Eva.

AMAZONAS. Polícia Militar do Estado do Amazonas. Ronda Maria da Penha. Disponível em <https://pm.am.gov.br/portal/pagina/ronda_maria_da_penha> acesso em 30/11/2022 às 11:46

AMAZONAS. SEJUSC - Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania. Serviço de Apoio Emergencial à Mulher – SAPEM. Disponível em: <<http://www.sejusc.am.gov.br/servico-de-apoio-emergencial-a-mulher/>> acesso em 30/11/2022 às 11:44.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 30/11/2022 às 09:02

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, D.O.U. de 2.8.1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> acesso em 30/11/2022 às 09:09.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição

Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DOU de 8.8.2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> acesso em 30/11/2022 às 09:06

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 536. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2015]. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=536>>. Acesso em 30/11/2022 às 10:37

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro De Segurança Pública-2022. Coordenadores: Samira Bueno, Renato Sérgio de Lima. ed.2022. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>> acesso em 01/12/2022 às 15:59

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Violência Contra Mulher em 2021. Coordenadora Samira Bueno. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>> acesso em 26/11/2022 às 19:52.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Distribuição percentual de homens e mulheres 2010-2060. Rio de Janeiro: IBGE,2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock> acesso em 30/11/2022 às 12:04.

JESUS, Damásio de. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n.11. 340/2006 / Damásio de Jesus. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTA, Carine. Brasil é o 5º país que mais mata mulheres. Disponível em: <<https://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/jornal-entrementes/item/2266-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>> acesso em 23/11/2022 às 23:35.

ROCHA, Karol. Em dois meses, mais de 1,2 mil denúncias de violência contra a mulher foram registradas no AM, aponta Ministério da Justiça. Disponível em: <https://cultura.uol.com.br/cenarium/2022/10/10/203587_em-dois-meses-mais-de-1-2-

mil-denuncias-de-violencia-contra-a-mulher-foram-registradas-no-am-aponta-ministerio-da-justica.html> acesso em 30/11/2022 às 12:33.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. Cadernos da AATR – BA, Bahia, p. 1-11, 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf> acesso em 01/12/2022 às 16:22.

AMAZONAS. Livro de inquéritos remetidos à justiça. 36º Distrito integrado de Polícia.

COSTA, Kariane. Pesquisa aponta que violência contra mulher aumentou na pandemia. Publicação: 25/11/2021 às 07:45. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2021-11/pesquisa-aponta-que-violencia-contra-mulher-aumentou-na-pandemia>>. acesso em 03/12/2022 às 14:25.

POSSÍVEL CONTRARIEDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020 AO FEDERALISMO BRASILEIRO. PERSPECTIVA NÃO ANALISADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

WESLEY DE CASTRO DOURADO CORDEIRO:

Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho, pela Faculdade Baiana de Direito (2015). Atualmente cursando a Especialização em Direito Público pela Escola Nacional da Advocacia Pública e pela Faculdade de Direito da USP.

RESUMO: Em resposta à crise instalada pela Pandemia de Covid, foi elaborada a Lei Complementar nº 173/2020. Por meio dessa lei, estabeleceu-se um programa federativo de enfrentamento ao COVID-19. Foi erigido um conjunto de medidas previstas especialmente para o exercício financeiro de 2020, visando ao apoio financeiro aos estados-membro e municípios. Foram determinadas contrapartidas aos entes subnacionais, destacando-se restrições impostas ao funcionalismo público. Houve questionamento em sede de controle concentrado, tendo o STF entendido pela constitucionalidade. Não obstante, o debate acadêmico sobre o tema continua possível, ainda mais para aspectos não abordados pelo STF. Nessa senda, vislumbra-se possível contrariedade à Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito ao federalismo. Entende-se que, ao reservar a iniciativa de lei ao chefe do Poder Executivo, a norma constitucional também delimitou a competência legislativa ao correspondente ente federativo. Nesse viés, a matéria atinente aos servidores públicos não estaria disponível ao legislador da União. O STF entendeu tratar-se de matéria de Direito Financeiro, principalmente em razão da provisoriedade das restrições impostas. Contudo, este trabalho nota que existem efeitos perpétuos, indicando aspectos de direito de pessoal, aspectos esses de competência reservada aos entes subnacionais. Desse modo, vislumbra-se inconstitucionalidade na referida lei complementar.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Controle de constitucionalidade. Lei Complementar nº 173/2020. Possível inconstitucionalidade não vislumbrada pelo STF. Direito financeiro. Direito de pessoal. Competência privativa. Iniciativa reservada de lei.

1.Introdução

Em alguma medida, o Programa Federativo de Enfrentamento ao Covid-19 contrariou o federalismo brasileiro? Por meio do presente trabalho, busco rascunhar um peculiar caminho na busca de resposta.

Não se desconhece que o STF decidiu acerca da constitucionalidade da Lei Complementar nº 173/2020, entretanto, ainda que exista a chancela de constitucionalidade

pelo órgão jurisdicional competente para tanto, a discussão e o debate podem persistir, ao menos no nível acadêmico. Além disso, sem adentrar na dinâmica processual da declaração de constitucionalidade, alguns aspectos de validade constitucional parecem não ter sido abordados nessa decisão. Assim, algumas reflexões deste trabalho podem advir de rediscussão de questões abordadas pelo STF, como podem surgir de ângulos inéditos.

A perspectiva proposta neste trabalho é a que considera a gestão dos respectivos servidores públicos como competência privativa dos entes subnacionais. Tal competência não é explicitada nesses termos na Constituição de 1988. A interpretação da norma de competência privativa para projeto de lei que verse sobre regime jurídico dos servidores do Poder Executivo – prevista no art. 61, §1º, II, c, da Constituição de 1988 – parece indicar uma reserva de competência também no plano da repartição de competências federativas. O raciocínio utilizado para tal conclusão é o de que, ao se restringir a um agente político específico tal papel, reserva-se também à esfera federativa da qual ele integre.

Assim, analisando as restrições impostas pela Lei Complementar nº 173/2020, em especial as previstas no art. 8º, observa-se possível contrariedade à competência privativa dos entes subnacionais.

Dessa maneira, perquire-se se a Lei Complementar nº 173/2020 contrariou o federalismo brasileiro.

2. Programa Federativo de Enfrentamento ao Covid-19

A União, em reação à pandemia que despontava no Brasil, editou a Lei Complementar nº 173/2020, cujo propósito principal foi oferecer apoio financeiro aos entes subnacionais. A norma legal foi oriunda de iniciativa parlamentar (PLP 39/2020, de autoria do senador Antonio Anastasia - PSD/MG).

O Programa Federativo de Enfrentamento ao Covid-19 foi um conjunto de medidas previstas especialmente para o exercício financeiro de 2020, cujo propósito principal foi o apoio financeiro aos estados-membro, Distrito Federal e municípios¹¹⁸. A instituição do Programa deu-se por meio de lei complementar, a Lei Complementar nº 173/2020. Em razão de a norma promover modificações impactantes nas finanças públicas dos integrantes da federação, bem como devido a disposições sobre dívidas internas e

¹¹⁸ A LC nº 173/2020 contempla uma série de interessantes disposições que vão além dos apoios financeiros direto e indireto. Por exemplo, a norma do art. 3º afasta e dispensa disposições da LRF e, sob determinadas condições, de um rol indeterminado de normas – que vão de leis complementares (de igual hierarquia) a portarias, ou seja, há uma suspensão de efeitos normativos determinada por uma lei complementar. Outro exemplo de curiosa disposição é a do §2º do art. 1º, que prevê a imediata suspensão do pagamento das dívidas contratadas antes mesmo da formalização de aditivos, havendo assim a intervenção legal direta em relações contratuais.

externas, foi necessária a edição de lei complementar, conforme comando do art. 163 da Constituição de 1988.

O apoio deu-se de várias formas, destacam-se a entrega de recursos e a suspensão do pagamento de dívidas assumidas por estados-membros, Distrito Federal e municípios.

Foram iniciativas do Programa: a suspensão do pagamento de determinadas dívidas contratadas entre a União e entes subnacionais (art. 1º, §1º, I); a reestruturação de operações de crédito interno e externo realizadas por estados-membros, Distrito Federal e municípios junto ao sistema financeiro e instituições multilaterais de crédito (art. 1º, §1º, II); e a entrega de recursos da União, na forma de auxílio financeiro, aos estados-membros e aos municípios (art. 1º, §1º, III).

Além dessas iniciativas, a União ficou impedida de executar, de 1º de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021, garantias das dívidas decorrentes dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os entes subnacionais e dos contratos de abertura de crédito firmados com os estados-membros e Distrito Federal. Restou também impedida de executar o parcelamento de débito previdenciário de que trata a Lei nº 13.485/2017.

Destacam-se as alterações na LRF, que se concentraram no art. 65, possibilitando uma flexibilização temporária das amarras fiscais (expressão utilizada pelo STF, no julgamento das ações constitucionais ajuizadas contra a Lei Complementar nº 173/2020).

Por meio desse programa, a União articulou uma rede de apoio com efeitos financeiros para os entes subnacionais.

Além disso, a Lei Complementar nº 173/2020 modificou o regime fiscal de calamidade pública existente na LRF e criou um regime específico para o enfrentamento da pandemia, com enfoque no exercício de 2020. Registra-se que, posteriormente, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 109/2021, que desenvolveu novas regras para o estado de calamidade pública, incorporando algumas ao texto constitucional.

Com o objetivo de garantir o equilíbrio fiscal, a Lei Complementar nº 173/2020 impôs algumas restrições e proibições aos entes subnacionais.

O programa de enfrentamento, erigido pela referida lei, deu-se no âmbito federativo. Reflexão que proponho é analisar se, de alguma forma, houve contrariedade ao federalismo brasileiro, tal como exigido na Constituição de 1988.

3.Federalismo brasileiro – breve leitura

Por ser federação, o estado brasileiro é composto por entes políticos autônomos, que exercem o poder estatal, de acordo com a divisão proposta na Constituição de 1988. A divisão de poder dá-se em termos espaciais.

As classificações de federalismo podem ser várias e nem sempre representar as conformações estatais existentes com precisão. A concentração ou descentralização do exercício do poder soberano no espaço geográfico pode se dar em diversas intensidades (HORBACH, 2013, p. 3), de modo que parece seguro afirmar que, sob o ponto de vista federativo, as categorias de estado elaboradas não são em número suficiente para comportar as gradações dessa intensidade. De todo modo, tem-se aceitado, com certa tranquilidade, a classificação em determinados tipos de estado: estados regionais, autonômicos, federais ou confederados e estado unitário – esse último, mais como um modelo ideal do que representativo da realidade (HORBACH, 2013, p. 3).

A categoria de estados federais pode ainda ser subdividida em federalismo de cooperação e federalismos dualista. A existência de competências concorrentes é característica do federalismo de cooperação (HORBACH, 2013, p. 8), a execução em conjunto dessas competências viabiliza a concretização da cooperação. Por outro lado, a nota do federalismo dual é a distribuição estanque de competências, sem previsão de cooperação (SILVA. V., 2021, p. 353).

No Brasil, a Constituição de 1988 definiu a opção pelo federalismo de cooperação. Esse texto constitucional foi o primeiro a compartilhar dezenas de competências entre os integrantes da federação, competências essas nos campos legislativo, político-administrativo e tributário (SILVA. V., 2021, p. 354). Essas competências, por outro lado, também podem ser divididas em competências privativas, residuais, comuns e concorrentes (SILVA. V., 2021, pp. 362-363).

O federalismo brasileiro pode ser caracterizado como federalismo de cooperação. Nessa perspectiva, há competências compartilhadas pelos integrantes da federação, bem como existe o dever de mútuo apoio. Essa nota não afasta a existência de competências próprias de cada ente, indicadoras da própria autonomia. Para Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 355), “[s]er autônomo [...] significa poder tomar as decisões que entender corretas e convenientes na sua área de competência e ter a garantia de que essa área de competência não será alterada”. Assim, o respeito à federação implica a preservação da autonomia do outro ente federado, observando a respectiva área de competência.

Como afirmado no voto do Ministro Relator, no julgamento das ações ajuizadas contra a Lei Complementar nº 173/2020, “o Federalismo, desde seu nascimento, preserva a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a

coesão do próprio País”¹¹⁹. Porém, esse poder central, representado pela União, não deve ir muito além do necessário para manter a união e a coesão do próprio país, sob pena de se descaracterizar a própria federação, pela invasão de competência alheia. Esse cenário de centralização exacerbada evidenciaria uma federação de fachada.

A atuação da União, manifestada por meio de seu Poder Legislativo – que editou a Lei Complementar nº 173/2020 – não deixa de ser, em alguma medida, uma centralização necessária em face da crise da pandemia de Covid-19. De acordo com HORBACH (2013, p. 6), na crise pós-quebra da Bolsa de Nova Iorque, de 1929, houve movimento de centralização, com expansão das competências da União, para implementação do New Deal.

Ordinariamente, no Brasil, a centralização de poderes ocorre como uma opção para momentos de crise. Quando instigado, o STF adotou uma linha mais acentuada nesse sentido, de modo a permitir uma coordenação por parte da União (VASCONCELOS, 2021, p. 196). Curiosamente, durante a Pandemia de Covid-19, o Tribunal deu sinais em orientação oposta, decidindo pela descentralização, que pode indicar alguma mudança de orientação (Idem, pp. 204-205).

A despeito de ser exigida, em momentos de crise, atuação mais centralizadora, ou, menos centralizadora, do ente central a autonomia dos entes periféricos deve ser garantida, dado que esse fator é decisivo para a verdadeira caracterização do estado federado.

4. Questionamentos sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 173/2020 no Supremo Tribunal Federal

Contra as limitações previstas na Lei Complementar nº 173/2020, alguns partidos políticos ingressaram com ação no STF suscitando inconstitucionalidades em seu texto.

Sobre o tema, foram ajuizadas, no Supremo Tribunal Federal, as ações diretas de inconstitucionalidades 6.442, 6.447, 6.450 e 6.523. As ações foram reunidas em julgamento conjunto, no qual o Plenário, conhecendo parcialmente da ADI 6.442, julgou improcedente os respectivos pedidos.

Conforme consta no inteiro teor do acórdão, foram suscitadas violações nos seguintes termos:

Trecho da petição inicial da ADI 6442, com argumento apresentado pelo Partido dos Trabalhadores:

¹¹⁹ Ações diretas de inconstitucionalidades 6.442, 6.447, 6.450 e 6.523.

Em relação à inconstitucionalidade material, sustenta-se (a) a violação à separação dos poderes (arts. 1º e 2º da CF) e à autonomia federativa (art. 18 da CF), ao argumento de que a lei impugnada avança sobre o regime dos servidores públicos de todos os poderes, uma vez que as alterações promovidas na LRF “atrela[m] os entes federativos a uma decisão exarada pela própria União, reduzindo a sua capacidade de autogoverno e autogestão, num ataque particularmente severo à sua autonomia financeira e administrativa”

Trecho da petição inicial da ADI 6525, com argumento apresentado pelo Partido PODEMOS:

[...] invade a gestão pública de pessoal dos demais entes federativos e, conseqüentemente, viola o pacto federativo e a separação dos poderes.

Em suma, nas citadas ações, houve impugnação da Lei Complementar nº 173/2020, por alegação de inconstitucionalidade em diversos ângulos. Os requerentes suscitaram inconstitucionalidades de ordem formal – como, p. ex., a votação à distância no processo legislativo – e material – p. ex., extrapolação da competência atribuída ao legislador complementar (violação ao art. 169), ofensa ao princípio da eficiência, da irredutibilidade remuneratória e desrespeito aos princípios e às regras do federalismo brasileiro. De especial interesse ao presente trabalho, apenas o último tópico.

Em relação ao tema federalismo brasileiro, o relator, Min. Alexandre de Moraes, em seu voto, afirmou que o exame da constitucionalidade material da Lei Complementar nº 173/2020, quanto ao equilíbrio federativo e ao respeito à repartição constitucional de competências, deve ser feito considerando o “contexto macroeconômico e de estabilização monetária, além da consideração a respeito dos impactos negativos causados pela pandemia”.

Quanto aos dispositivos apontados como inconstitucionais, as alegações foram afastadas pelo Plenário, em acompanhamento unânime do voto do relator. Em outras palavras, O STF considerou a norma constitucional.

Especificamente e resumidamente, foram analisadas as alegações contra os dispositivos do §6º do art. 2º, o art. 7º e o art. 8º.

O §6º do art. 2º contempla uma faculdade, a de os entes subnacionais renunciarem a direitos sobre os quais fundem ações ajuizadas (valores de dívidas anteriores a

1º/03/2020). Nesse caso, a ausência de imposição foi considerada como fundamento para o entendimento de inexistência de ofensa à autonomia dos entes subnacionais.

O art. 7º cuidou, precipuamente, de promover alterações na LRF, nos artigos 21 e 65. Passou a determinar a pecha de nulidade aos atos que prevejam parcelas salariais a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder ou órgão, além de detalhar a nulidade para atos que produzam semelhantes efeitos nos 180 dias anteriores.

Por seu turno, o art. 8º versou sobre proibição de aumento de despesas com pessoal em período delimitado de tempo (até 31/12/2021), considerando os efeitos da Pandemia. Nesse ponto, vale dizer que a norma legal foi publicada em 28/05/2020, não havendo, naquele momento, segurança em se estimar o momento do arrefecimento ou o final da Pandemia.

Sem grande aprofundamento, os artigos 7º e 8º foram considerados constitucionais por “traduzem em verdadeira alternativa tendente, a um só tempo, alcançar o equilíbrio fiscal e combater a crise gerada pela pandemia.”.

Como afirmado no julgamento, reconheceu-se “a magnitude dos efeitos da pandemia e a necessidade extrema de coordenação entre todos os níveis de governo na destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública, no sentido de minimizar seus reflexos nefastos.”.

Tal panorama, de acordo com o STF, não viabilizaria desrespeito ao federalismo brasileiro, como disposto na Constituição de 1988.

Posteriormente, em decisão no RE 1.311.742-SP – caso concreto, portanto –, o STF reafirmou a constitucionalidade da norma legal, com base na mesma argumentação utilizada no julgamento conjunto. Foi proposta a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional o artigo 8º da Lei Complementar 173/2020, editado no âmbito do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19).”.

Não obstante essas decisões, entendo válida a opção de escrever sobre o tema. Além de existir aspectos não abordados pelo STF, a existência de decisão judicial – ainda que oriunda da instância máxima – não impede a reflexão acadêmica.

5.As imposições previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020

O art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020 contém determinação de alto teor de intervenção na autonomia dos entes subnacionais.

No dispositivo, foram previstas a suspensão de concursos públicos, a vedação a concessão de aumentos remuneratórios, a proibição de contagem de tempo de serviço público para fins de progressão na carreira.

Em suma, foram impostas vedações e restrições à concessão de direitos ao corpo de servidores públicos. Essa intervenção despertou o interesse da presente análise, porque foi promovida pelo ente central, no âmbito dos demais entes periféricos.

O STF decidiu pela constitucionalidade dessa norma, com base, dentre alguns fundamentos, na ideia de que as regras cuidariam de disposições de direito financeiro e não de regimento de pessoal. Esse último ponto foi utilizado para afastar a tese de violação ao princípio da separação dos poderes.

O enquadramento enquanto norma de direito financeiro não levou em conta como as vedações impactariam na vida dos servidores públicos atingidos. As considerações para essa categorização foram traçadas somente a partir das consequências esperadas das restrições, de repercussão predominantemente financeira. Não foram analisadas as vedações a partir das perspectivas dos servidores públicos atingidos. Por exemplo, ao se vedar o cômputo de tempo para aquisição de anuênio (art. 8º, IX), o consequente “aumento de despesa” seria evitado, contudo esse não foi o objeto vedado pela norma; a proibição incidiu sobre a contagem do tempo e não sobre seus efeitos financeiros. Existe uma diferença entre proibir-se a constituição de uma situação jurídica (o cômputo do tempo de serviço) e afastar temporariamente alguns de seus efeitos (os efeitos financeiros dessa contagem).

A norma, se fosse integralmente de Direito Financeiro, poderia se limitar a proibir o aumento de gastos com pessoal, tornando essa proibição propriamente o objeto vedado pela norma (como o fez no inciso III, no qual a vedação centrou-se na alteração de carreira que implicasse aumento de despesa). Nessa linha, dada a vedação de Direito Financeiro, as decisões mais concretas, que tangeriam ao regime jurídicos dos servidores públicos, poderiam ser reservadas aos entes subnacionais.

Remetendo aos entes subnacionais a decisão sobre quais modificações poderiam ser efetuadas nos respectivos regimes jurídicos, vislumbra-se, com maior clareza, uma distinção entre a norma financeira e a norma de pessoal. Além disso, haveria maior respeito à autonomia dos integrantes da Federação. Essa separação, contudo, entre aspectos de pessoal e aspectos de finanças não consta na hipótese do inciso IX do art. 8º.

Um outro ângulo possível de observar essa proibição é o das competências privativas. Na repartição de competências da federação, as competências privativas “são aquelas atribuídas a apenas um ente, que a exerce com exclusividade” (SILVA. V., 2021, p.

363) – ressalva-se que a possibilidade de delegação legal não desnatura essa exclusividade. A competência para gerir o corpo de servidores públicos não está descrita, expressamente, nas listas de competências privativas (arts. 22, 25, §2º, e 30, I, da Constituição de 1988). Contudo, a proposta deste trabalho é indagar se a previsão de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Executivo (art. 61, §1º, II, c, da Constituição de 1988) representaria, além do comando de separação de poderes, também uma competência privativa do ente federativo. Reforça esse entendimento a constatação de que, nos sistema de execução de serviços adotado na repartição de competências delineada pela Constituição de 1988, cada integrante da Federação conta com “seu corpo de servidores públicos, destinados a executar os serviços das respectivas administrações” (SILVA, J., 2006, p. 482).

Destaque-se que a Constituição de 1988 contempla a norma somente para o âmbito da União, contudo o entendimento dominante é que se cuida de norma de observância obrigatória para os demais entes federativos, em razão do princípio da simetria¹²⁰ - além disso, por ser “aspecto relevante do desenho da tripartição de poderes, os Estados-membros não podem dela apartar-se” (MENDES, 2019, p. 910).

Não se olvida que existem outros corpos de servidores públicos que não se submetem ao Chefe do Poder Executivo, como, por exemplo, os servidores do Poder Judiciário, cuja competência privativa de lei cabe ao chefe do respectivo poder. Entretanto, tal competência distinta não afasta o raciocínio apresentado, de indicação de competência privativa para o ente da Federação. Isso porque se aplica a mesma lógica de delimitação federativa, o Chefe do Poder Judiciário detém a mencionada competência privativa de lei no seu âmbito federativo, não sendo possível que o chefe do Poder Judiciário de outra esfera da federação apresente projeto de lei para servidores de tribunal de outro estado-membro, por exemplo.

Vale destacar que as inovações ao texto constitucional, promovidas pela Emenda Constitucional nº 109/2021, para enfrentamento de situações de descompasso entre despesas correntes e receita corrente líquida não reproduziram a hipótese do inciso IX do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020. Desse modo, os apontamentos lançados aqui ainda desafiam a norma constitucional, ainda que, como dito amiúde, o STF tenha entendido pela constitucionalidade da lei.

6. Possível violação à autonomia dos entes subnacionais e a competência privativa dos entes subnacionais – dispor sobre regime dos servidores públicos

A partir de parâmetros constitucionais, enfrenta-se a tarefa de se identificar ofensa à autonomia dos entes subnacionais. Se a restrição à autonomia estiver prevista no texto

¹²⁰ STF. Plenário. ADI 3627/AP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 6/11/2014 e STF. Plenário. ADI 3920/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/2/2015.

constitucional, ela não será indevida. Do mesmo modo, se a redução da autonomia advir da aplicação de regras constitucionais, mesmo que não expressas, também haverá aí compatibilidade com a Constituição. Isso porque a norma constitucional conforma o estado como um todo e, conseqüentemente, o estado federal, traçando os limites de competência para cada integrante da federação.

Ao reservar a iniciativa de lei do regime jurídico dos servidores públicos para a competência privativa do Chefe do Executivo, a norma constitucional indica uma correspondência entre o corpo de servidores públicos e esse chefe, consistente na esfera da federação. Dito de outro modo: Presidente da República e servidores da União, Governador do Estado e servidores estaduais, Prefeito e servidores municipais. Essa correspondência, de lógica simples e clara, revela faceta da autonomia federativa.

A perspectiva proposta neste texto é a de que a reserva de iniciativa a uma autoridade de certa esfera federativa implica a competência privativa dessa mesma esfera federativa. Por exemplo, a iniciativa de lei atribuída ao governador do Estado da Bahia significaria também que a matéria seria privativa ao ente político Estado da Bahia.

Outrossim, como a leitura imediata sinaliza, a competência privativa ao Chefe do Executivo também comporta uma regra no âmbito da separação dos poderes. Ao restringir o papel a um ator político, a Constituição de 1988 afastou a possibilidade de membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo proporem projeto de lei que tratasse desse tema.

Nessa linha de raciocínio, a reserva de iniciativa de lei do Chefe do Executivo abarcaria duas dimensões: uma pertinente à federação e outra, à separação de poderes. As duas dimensões estão intrincadas, de modo que ambas devem ser enfrentadas quando se questiona (como foi o caso) a constitucionalidade de norma legal supostamente violadora dessa norma constitucional.

A dimensão federativa da reserva de iniciativa de lei não foi abordada pelo STF, que se limitou, nos julgados comentados, a afastar a alegação de violação da separação dos poderes.

O STF fundamentou a decisão de constitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020 com a constatação de que se cuidaria de norma de Direito Financeiro e não de regime de pessoal. O ponto não foi sustentado com o enfrentamento argumentativo de cada hipótese de restrição ou de proibição prevista no art. 8º. Abaixo, excertos do referido julgado:

Por seu turno, art. 8º da LC 173/2020 prevê norma diretamente relacionada ao combate da pandemia da COVID-19, instituindo

restrições de ordem orçamentária no que diz respeito ao aumento de gastos públicos com pessoal. Trata-se, portanto, de norma de eficácia temporária.

Como foi salientado no tópico anterior, as capacidades fiscais, numa federação cooperativa, devem ser exercidas com visão de conjunto, para que a realização dos projetos de cada nível de governo caminhe para um desfecho harmônico. Esse é o sentido das normas em questão. Elas não têm a pretensão de reduzir a política estadual e a municipal a uma mímica dos projetos estabelecidos pela União, mas de permitir um maior controle das contas públicas, seja impedindo a transferência de novas despesas com pessoal para o sucessor do gestor público (art. 7º) seja possibilitando que os entes subnacionais tenham condições de empregar maiores esforços orçamentários para o combate da pandemia do coronavírus (art. 8º). O traço comum entre os dispositivos resume-se no já mencionado equilíbrio fiscal.

Nesse contexto, os artigos impugnados pretendem, a um só tempo, evitar que a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos. Pretende-se, pois, evitar que alguns entes federativos façam “cortesia com chapéu alheio”, causando transtorno ao equilíbrio econômico financeiro nacional.

[...]

Conclui-se que, ao contrário de deteriorar qualquer autonomia, a previsão de contenção de gastos com o aumento de despesas obrigatórias com pessoal, principalmente no cenário de enfrentamento de uma pandemia, é absolutamente consentânea com as normas da Constituição Federal e com o fortalecimento do federalismo fiscal responsável.

A classificação dessas medidas como de direito financeiro fundou-se no aspecto pecuniário, de repercussão financeira, das restrições. A ideia aparentemente simples foi a de que se evitar a concessão de direitos que resultem em aumento dos gastos poderia ser vista não como direito de pessoal. Em suporte à tese, os ministros do STF ressaltaram a provisoriedade das restrições. Dessa forma, não haveria ofensa à competência privativa do Chefe do Poder Executivo, considerando que o caso seria de edição de normas de Direito Financeiro.

Embora, aparentemente razoável a tese de que o art. 8º constituiria norma de Direito Financeiro, não houve enfrentamento do tema de intervenção da União em competência privativa de outros entes subnacionais.

Uma razão apresentada para a interpretação da norma legal enquanto de direito financeiro foi a temporalidade de suas restrições. Destaca-se que uma das restrições comporta efeitos perpétuos, descolando-se desse argumento. Cuida-se do congelamento da contagem do serviço público no período de 1º/03/2020 a 31/12/2021. Observo que, em razão da Lei Complementar nº 191/2022, a disposição não se aplica aos servidores públicos civis e militares da área de saúde e da segurança pública. A vedação, incidente para as demais categorias, está disposta no inciso IX:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

[...]

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

O tempo demarcado para a proibição da contagem foi provisório, menos de dois anos, mas os efeitos são inegavelmente definitivos. Isso porque existe também, nessa vedação, efeitos permanentes, consistentes na retirada definitiva desse lapso temporal da ficha funcional dos servidores públicos, para os referidos fins. Por exemplo, em 2030, um servidor que laborasse desde 2010, não poderia contar com 20 anos de serviço público para obtenção de qualquer um desses direitos; em vez disso, seriam reconhecidos pouco mais de 18 anos. Parece válido questionar se esse efeito perene não transcenderia o aspecto financeiro da questão, passando a constituir-se o ponto de natureza regimental (de direito de pessoal), e, por consequência, da competência privativa do ente da federação.

Num breve exercício de imaginação, se o dispositivo em questão contivesse previsão de retomada do cômputo após findo o prazo nela estipulado, sem incidência de efeitos financeiros retroativos, poder-se-ia afirmar mais seguramente que se cuidaria de norma de

direito financeiro, por provisória. Entretanto, a existência de efeitos perpétuos pode evidenciar um outro aspecto da vedação, que interfere na dimensão dos interesses do funcionalismo público.

Essa hipótese desafia sobremaneira o fundamento de que se cuida de norma de direito financeiro e não de regime de pessoal.

Destarte, a Lei Complementar nº 173/2020 pode ter violado o federalismo brasileiro ao promover intervenção da União em competência privativa dos entes subnacionais. A tese de que o art. 8º contempla norma de direito financeiro não afastou a existência, no mínimo, simultânea de norma de regime de pessoal, de modo que seria necessário também abordar a possível violação à competência privativa do ente federativo (sinalizada na iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo). Além disso, parece existir hipótese não abarcada pelos argumentos em prol da ideia de norma de direito financeiro, como o caso do congelamento do tempo de serviço público.

7. Conclusão

Sob a ótica de federação, a previsão de iniciativa de lei, reservada para o Chefe do Poder Executivo, para dispor sobre regime dos correspondentes servidores públicos (art. 61, §1º, II, c, da Constituição de 1988) pode ser vista como indicativo de competência privativa do respectivo ente político. Conforme argumentado neste texto, a reserva a determinado agente político não deixa de ser reserva também ao respectivo ente federativo. Considerando o princípio da simetria, a norma da Constituição de 1988 deve ser observada pelos entes subnacionais. Assim, conjugando essas noções, vislumbra-se competência privativa de natureza similar às previstas expressamente nos arts. 22, 25, §2º, e 30, I, da Constituição de 1988.

O teor do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020 parece desafiar a competência privativa do ente político decorrente do citado art. 61, §1º, II, c, da Constituição de 1988.

O STF julgou constitucional a Lei Complementar nº 173/2020, sustentando que, dentre outros, não houve ofensa à autonomia dos entes federativos. No que se refere ao art. 8º, entendeu que não havia ofensa à autonomia, com base em leitura simplificada do federalismo fiscal. Quanto à alegação de violação à separação dos poderes por parte desse dispositivo, o fundamento foi de que se trataria de norma de direito financeiro.

A argumentação a respeito da importância da saúde fiscal não parece ser suficiente para afastar uma possível violação à autonomia federativa, ainda mais quando não enfrentada a questão de competência privativa decorrente da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo de cada um dos entes federativos.

No que se refere ao argumento de a norma contida no art. 8º caracterizar norma de direito financeiro, houve digressão apenas sobre as consequências previstas no aspecto financeiro. Não se enfrentou a imposição de mudanças concretas no regime dos servidores afetados, sendo estes, em boa parte, integrantes do funcionalismo público de outros entes federativos.

O outro argumento adotado, de provisoriedade das restrições impostas, não alcança todas as consequências da aplicação do dispositivo. O congelamento do tempo de serviço realizado entre 1º/03/2020 e 31/12/2021 (inciso IX) possui efeitos perpétuos, já que, ultrapassado esse interregno, não se previu a possibilidade de aproveitamento ulterior desse tempo. Assim, no que toca à provisoriedade, essa hipótese não estaria abarcada enquanto norma de direito financeiro, sendo, mais provavelmente, norma de direito de pessoal.

Assim, vislumbra-se violações ao federalismo brasileiro, decorrentes da Lei Complementar nº 173/2020, que escapariam – em termos acadêmicos – do escrutínio realizado pelo STF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

HORBACH, Carlos Bastide. **Forma de Estado: federalismo e repartição de competências**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 3, n. 2, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2019.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1 ed. 1 reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

VASCONCELOS, Natalia; ARGUELHES, Diego Werneck. **Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual?** in Legado de uma pandemia: 26 vozes discutem o aprendizado para política pública. Org. Laura Muller Machado. – Rio de Janeiro, RJ: Autografia, 2021.

A INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.964/2020

VANDERLEI MACHADO DA SILVA:

Especialista em direito público.

RESUMO: Este artigo versa sobre o regime disciplinar diferenciado no que se refere à incomunicabilidade do preso, tendo em vista a possibilidade de determinação de duração máxima de até 2 (dois) anos de isolamento, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, aplicável ao preso provisório ou condenado. O rigoroso regime foi implantado, em nosso país, pela Lei nº 10.792/2003, e alterado, com a imposição de medidas mais gravosas pela Lei nº 13.964/2020, tendo sido alvo de severas críticas por parte de vários juristas, eis que o isolamento prolongado pode causar sérios distúrbios mentais e físicos, tendo como consequência o agravamento e a aceleração do processo de dessocialização do apenado. A questão da incomunicabilidade constitui ponto controvertido em nossa doutrina, existindo dúvidas quanto à permissibilidade de sua decretação ainda na fase inquisitorial - art. 21 do Código de Processo Penal - e, agora, durante o cumprimento da pena. O presente trabalho visa analisar a possível afronta aos princípios agregados aos direitos humanos consagrados pela Constituição Federal, bem como pela Lei de Execução Penal, face a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, o que o deixa quase que totalmente incomunicável com o mundo.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado - RDD, incomunicabilidade, isolamento, Lei de Execução Penal - LEP, pena, preso, princípios, prisão, ressocialização.

INTRODUÇÃO

A problemática da sanção penal sempre preocupou a humanidade. Nos tempos de outrora, a visão que imperava era de que a retributividade e o rigor da pena serviriam ao desestímulo do ímpeto criminoso; nesses tempos as penas eram cruéis e possuíam caráter vingativo, visando pagar o mal com outro mal.

Desenvolveu-se, gradualmente, um espírito de maior humanismo, fruto do pensamento iluminista, conduzindo ao raciocínio de que a resposta estatal ao crime não poderia, simplesmente, representar-se de forma retributiva e agressiva, devendo a reação ao delito ser preenchida por outras exigências utilitárias, a fim de que a ação estatal contra o criminoso estivesse revestida de finalidade prática.

No Brasil, o clima de insegurança e medo que assola a sociedade tem conduzido ao irracionalismo, buscando-se medidas de cunho vingativo contra os autores de fatos criminosos, sem nenhuma preocupação social. Ao se introduzir o regime disciplinar diferenciado poder-se-ia afirmar que houve um retrocesso considerável relacionado ao pensamento penalógico.

O mencionado regime foi introduzido no Brasil pela Lei no 10.792, de 1o de dezembro de 2003, que alterou a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal - e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, além de estabelecer outras providências.

A implantação do regime em questão é objeto de severas críticas advindas de vários juristas, tendo em vista uma das finalidades da pena, qual seja, o de reinserção social do preso, sendo introduzido com vistas a uma solução rápida para acalmar a sociedade, que se vê amedrontada diante do crime organizado. As várias divergências doutrinárias existentes no campo jurídico a respeito do regime fechadíssimo decorrem, em parte, dos efeitos que sua aplicação pode acarretar à saúde mental do preso, eis que o isolamento prolongado altera o mecanismo cerebral, afetivo e comportamental. Ora, se nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante, já não permite a ressocialização do preso, imagine-se submetendo-o a estas condições.

A relevância da matéria reside numa possível afronta aos princípios constitucionais brasileiros, bem como à Lei de Execução Penal, e que nos remete à seguinte indagação: será que o regime disciplinar diferenciado trata-se de uma pena cruel, que fere a Constituição Federal, nos seus incisos III, XLVII, e, e XLIX, do art. 5o, que dispõem, respectivamente, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “não haverá penas cruéis” e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”?¹²¹

A escolha do tema se deu, no primeiro momento, em razão da necessidade de se debater a ofensa da proteção destinada aos presos, já tão massacrados com o atual sistema penitenciário, e, agora, submetidos a mais uma condição desumana e cruel com a implantação do regime disciplinar diferenciado, onde permanecem praticamente incomunicáveis com o mundo exterior. Por depois, trata-se de um assunto atual e uma experiência nova na legislação brasileira. Foi adotado o método dedutivo e a apreciação do tema será desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica, com apoio na legislação vigente.

O presente artigo divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, realizou-se um estudo amplo sobre o regime disciplinar diferenciado, enfatizando suas principais características e hipóteses de cabimento, no que concerne aos seus aspectos legais.

O segundo capítulo faz uma análise do RDD frente aos princípios constitucionais informadores da execução penal, eis que tais princípios auxiliam na interpretação e aplicação das leis, integrando as normas e construindo um sistema jurídico coerente.

Por fim, pretende-se, no terceiro capítulo, suscitar a questão da incomunicabilidade do preso na fase inquisitorial e na fase da execução da pena, fazendo uma abordagem constitucional.

Não há pretensão de se esgotar o assunto, haja vista a complexidade que envolve temas relacionados à segurança pública. O que se tem por escopo no presente trabalho é levantar alguns aspectos relevantes relativos à incomunicabilidade do preso submetido ao regime disciplinar diferenciado, visando uma melhor forma de proteger a sociedade e o próprio preso, o qual tornou-se vítima do sistema prisional.

1.O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

1.1 Conceito e características

O regime disciplinar diferenciado não é um regime de cumprimento de pena que se soma aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem tampouco um novo modelo de prisão provisória. Constitui-se em sanção disciplinar, adicionada à LEP por meio do art. 1º da Lei no 10.792/2003, pelo cometimento de falta grave. Possui como características: a duração máxima de dois anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de dois anos e mais um sexto da pena aplicada, como originalmente previsto; o recolhimento em cela individual, sendo, conforme o art. 45 da LEP, vedado o emprego da chamada cela escura; visitas quinzenais de duas pessoas, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas (houve retirada da possibilidade das crianças não contarem com esse número de duas pessoas) e direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias - art. 52, incisos I a IV da LEP. Essas peculiaridades constituem-se em restrições temporárias ao exercício dos direitos do preso descritos no art. 41 da LEP.

O regime disciplinar diferenciado, como sanção disciplinar que é, deve ser fixado por tempo determinado. Assim, para cada falta, a Lei estipulou o prazo máximo de dois anos, autorizada a repetição pelo cometimento de nova falta grave da mesma espécie. Todavia, o tempo de inclusão pelo cometimento de uma única falta ou da somatória dos tempos relativos às sanções dessa espécie no decorrer do cumprimento da pena não pode superar dois anos da pena aplicada. Forçoso constatar que o preso que ainda não possui condenação, por sentença recorrível ou transitada em julgado, não se beneficia desse

último limite. Para Mirabete, na omissão da lei, deve-se ter como parâmetro a pena mínima cominada para a infração¹²².

A Lei no 10.792/2003 também possibilitou aos estados o regulamento do regime disciplinar diferenciado, para atender às peculiaridades regionais, entre as quais incluem-se outras restrições ao preso a ele submetido, como a restrição de acesso aos meios de comunicação e de informação e o cadastramento e agendamento prévio para entrevista com seu advogado regularmente constituído nos autos da ação penal - art. 5o, inc. III e IV da Lei no 10.792/2003. Destaca-se, quanto a esse ponto que a Lei 13964/19 dispôs de forma expressa que que as visitas, chamadas de entrevistas, do preso no RDD terá suas entrevistas sempre monitoradas, excetuada aquelas realizadas com o seu defensor, limitando de forma expressa que haja a concessão de direitos como a visita íntima e o direito ao sigilo do conteúdo da correspondência.

Em seu art. 4o, a Lei em comento dispôs que “aos estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádios-transmissores”¹²³ e outros meios de telecomunicação.

Por fim, prevê a Lei a construção pela União de unidades federativas de penitenciárias destinadas exclusivamente aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, submetidos ao regime disciplinar diferenciado. Dispõe, em seus arts. 7o e 8o, respectivamente, que a União “definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar”¹²⁴ e “priorizará, quando da construção de presídios, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado”¹²⁵.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À EXECUÇÃO PENAL

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está inscrito no art. 5o, inc. XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e no art. 1o do Código Penal. Decorre do princípio ora em estudo que não

¹²² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários a Lei nº 7.210 de 11/07/1984*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151.

¹²³ BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera lei n 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - reserva legal. O postulado básico inclui, ainda, o princípio da anterioridade da lei penal relativo ao crime e à pena e o princípio da taxatividade, segundo o qual a tipificação precisa ser obrigatoriamente feita com expressões certas, claras e taxativas.

A legalidade, conforme o desdobramento da taxatividade, exige que a tipificação de condutas atenda à teoria geral do tipo, isto é, que o tipo apresente elementos claros – conduta inequívoca, núcleo, sujeito e bem jurídico bem definidos, proporcionando interpretação harmônica. Isto é: “a legalidade veda a descrição genérica do tipo penal. O crime não é qualquer ação, mas ação clara e determinada, sob pena de violação ao mandamento constitucional da legalidade – art. 5, XXXIX, da CF/1988.”¹²⁶

A Lei de Execução Penal, no art. 52, caput, e seus parágrafos, ao dispor que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”¹²⁷; “o regime disciplinar diferenciado poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”¹²⁸ e ainda “estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”¹²⁹ apresenta expressões ambíguas e abertas, que não podem ensejar a aplicação de tão severo regime, eis que verifica-se a ausência da taxatividade.

Tais expressões carecem de melhor definição e por serem incriminações vagas, imprecisas e passíveis de múltiplas significações, possibilitam interpretações extensivas, resultando numa insegurança para o preso perante o Estado.

Trata-se de transgressão ao princípio em comento por emprego de expressões sem precisão semântica, capaz de gerar interpretações múltiplas para termos que integram um mesmo campo de significação jurídica.

A Lei de Execução Penal não pode fazer uso de expressões ambíguas e vagas. Toda lei penal exige linguagem clara, certa e precisa, sob pena de violar o princípio da legalidade, numa de suas dimensões que é a taxatividade. Tal preceito constitucional deve

¹²⁶ CERNICHIARO, L. Vicente. *Direito penal na constituição vista dos tribunais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

¹²⁷ BRASIL, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ BRASIL, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

ser observado durante a execução da pena, inclusive na regulação da disciplina interna nas unidades prisionais.

2.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade exige uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida. Assim, cominar ou aplicar sanção desproporcional à lesão causada é ilegítimo e injusto. Além disso, o princípio ora em questão deve orientar a cominação e aplicação da sanção considerando uma escala de valoração social da conduta e do resultado lesivo, desvalor da ação e do resultado, impedindo, com isso uma desproporcionalidade entre os diversos tipos – crimes, contravenções e faltas – existentes no ordenamento jurídico.¹³⁰

Esses preceitos forçam o legislador a observar a adequação da norma ao conjunto sistêmico de mandamentos jurídicos, sob pena de revelar-se norma penal materialmente injusta.

A aplicação do art. 52 poderá levar à seguinte situação: aqueles que cometeram crimes de lesão corporal, por exemplo, contra presos provisórios ou condenados, prática comum nas unidades prisionais, serão apenados com sanção de no máximo 1 (um) ano de detenção, podendo iniciar o cumprimento dessa sanção em regime semi-aberto. Contudo, os presos que forem classificados sob o impreciso conceito de subversor da ordem ou da disciplina poderão ficar sujeitos a regime disciplinar de 360 dias a serem cumpridos em celas de segurança.

Destarte, as alterações trazidas pela Lei no 10.792/2003, modificada pela Lei 13964/19, ferem o princípio da proporcionalidade, pois desrespeita seu conteúdo, esvaziando o seu sentido de justiça, negando ao preso qualquer garantia substancial de liberdade. Tal mandamento deve aderir à pena, como sua justificativa e fundamento, acompanhando-a durante sua execução.

2.3 Princípio da humanização das penas

A Carta Magna, em seu art. 5o, inc. III, XLVII e XLIX, dispõe, respectivamente: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “não haverá penas cruéis” e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”¹³¹.

¹³⁰ Cf. GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito de execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 108.

¹³¹ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2021.

O princípio da humanidade é extraído desse conjunto de garantias e tem por escopo reconhecer e tratar o preso como pessoa humana, que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhe todos os direitos inerentes à condição humana.

O mencionado mandamento constitucional também se encontra previsto e consagrado no ordenamento jurídico internacional. A Declaração Universal dos Direitos dos Homens dispõe em seu art. 5º que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano e degradante”¹³², bem assim estatui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.”¹³³ - art. 5º, II, entre outros.

O regime disciplinar diferenciado afasta-se do direito constitucional e internacional que, repetitivamente, vem orientando no sentido de uma intervenção penal e um tratamento penitenciário humanizado, pois o isolamento a que fica o preso submetido ao RDD, sem dúvida, agrava a dessocialização do preso. É inconciliável o fim proposto para a pena privativa de liberdade, qual seja, a ressocialização do preso, com o regime em comento.

O isolamento por longo período tende a agravar o quadro de vitimização a que se encontra submetido os presos no Brasil. Isolar o preso durante dois anos viola os direitos e garantias fundamentais inseridas em nossa Constituição, bem como transgredir o ordenamento jurídico internacional. Além do que, o isolamento representará o agravamento do sofrimento estéril a que se encontram sujeitos os presos.

Não se pode negar que o isolamento subtrai quase todas as possibilidades de comunicação com o mundo exterior e de movimentos corporais do preso, sofrendo este dupla reprimenda estatal. Inviável qualquer tratamento penitenciário e política de reinserção, bem assim imprevisíveis as consequências biopsíquicas e sociofamiliares para os isolados. A adoção do isolamento não se ajusta aos princípios insertos em nossa Lei de Execução Penal, que impõe ao Estado o dever de zelar e promover a integridade do preso.

3.A INCOMUNICABILIDADE DO PRESO

3.1 Conceito e previsão legal

Incomunicável é a condição da pessoa, que presa ou detida pela polícia, é impedida de comunicar-se ou de falar com qualquer outra, sem autorização ou permissão

¹³² MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos Humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2003. p. 65.

¹³³ Ibidem. p. 118.

da autoridade. Assim, a incomunicabilidade indica a situação de incomunicação, em que se coloca o preso ou o detento, que fica vedado de ter qualquer comunicação verbal ou escrita, com qualquer pessoa, salvo o advogado ou aquelas que, por suas funções policiais ou administrativas, possam manter contato com ela.

Nosso legislador processual penal contemplou a incomunicabilidade do preso no Código de Processo Penal, no Título que cuida do Inquérito Policial, em seu art. 21, in verbis:

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de 3 (três) dias, será decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963).¹³⁴

Segundo Fernando Capez a incomunicabilidade “destina-se a impedir que a comunicação do preso com terceiros venha a prejudicar a apuração dos fatos, podendo ser imposta quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”¹³⁵.

A incomunicabilidade, por se tratar de uma medida restritiva do status libertatis do indiciado, deve passar por um controle jurisdicional. Desta forma, sua decretação dependerá de despacho fundamentado do juiz, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial e se justifica pela finalidade do inquérito nos primeiros momentos que se seguiram à infração penal, tendo em vista a conveniência da investigação ou o interesse social.

A incomunicabilidade do preso, além de estar presente no Código de Processo Penal, foi contemplada em vários outros momentos na legislação brasileira. O Decreto-lei no 898, de 29 de setembro 1969, que dispunha sobre os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, a previa no § 1º do art. 53, com a seguinte redação: “o encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até 10 dias, desde que

¹³⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 79.

a medida se torne necessária às investigações policiais militares”¹³⁶. Tal situação de incomunicável foi mantida pela Lei no 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que versa sobre o assunto acima mencionado, estabelecendo no seu art. 33, § 2º, o que se segue:

Art. 33 Durante as investigações, a autoridade de que presidir o inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de quinze dias, comunicando imediatamente o fato ao juízo competente.

§ 1º - Em caso de justificada necessidade, esse prazo poderá ser dilatado por mais quinze dias, por decisão do juiz, a pedido do encarregado do inquérito, ouvido o Ministério Público.

§ 2º - A incomunicabilidade do indiciado, no período inicial das investigações, será permitida pelo prazo improrrogável de, no máximo, cinco dias.¹³⁷

A incomunicabilidade está prevista, ainda, no Código de Processo Penal Militar, em seu art. 17, que explicita: "o encarregado do inquérito poderá manter incomunicável o indiciado, que estiver legalmente preso, por três dias no máximo"¹³⁸.

Em outro giro, a incomunicabilidade encontra-se proibida no Estatuto da Criança e Adolescente, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que em seu art. 124, § 1º estabelece: "São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: em nenhum caso haverá incomunicabilidade"¹³⁹.

E, por fim, a Constituição Federal ao tratar da defesa do Estado e das instituições democráticas também a veda:

Art. 136. O presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

¹³⁶ RODRIGUES, Francisco Fernandes. A incomunicabilidade do indiciado preso, na lei de segurança nacional e o exercício pleno da advocacia. *Revista de Direito Militar*, 1981, ano VI, número 09, p. 58.

¹³⁷ Ibidem. p. 58.

¹³⁸ Ibidem. p. 58.

¹³⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

[...]

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

[...]

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.¹⁴⁰ (grifei)

3.2 A incomunicabilidade do preso no regime disciplinar diferenciado

O avanço do crime organizado fez com que o governo federal adotasse uma postura mais agressiva, dando ensejo à edição da Lei no 10.792/2003, modificada pela Lei 13.964/2019, a qual implantou o regime disciplinar diferenciado, deixando o preso numa situação quase que de completa incomunicabilidade.

Sérgio Inácio Sirino argumenta:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, entende-se que o dispositivo contido no Código de Processo Penal está revogado pela nova ordem. O Constituinte precaveu-se e excepcionou que mesmo em regime de exceção ao Estado Democrático (Estado de Defesa), não seja vedado o direito que o preso tem de se comunicar. Entretanto, com o crescimento geométrico da criminalidade, associado à ação de organizações criminosas em vários pontos do país - com especial relevância à prática de crimes hediondos, tem-se observado um posicionamento mais firme do Poder Judiciário, no sentido de decretar a incomunicabilidade de certos acusados, em casos especialíssimos. Alicerça-se tal postura no argumento de que nenhum direito ou garantia individual pode se sobrepor a um interesse maior quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.¹⁴¹

Nota-se que na tentativa de coibir a atuação das facções criminosas o Estado tem adotado medidas cada vez mais enérgicas a fim de proteger a sociedade. Porém, tais medidas não têm surtido o efeito desejado já que, como bem ensinava Beccaria, não é a severidade da punição que evita a prática de novos delitos e sim a certeza de sua

¹⁴⁰ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2021.

¹⁴¹ SIRINO, Sérgio Inácio. *Inquérito Policial; em perguntas e respostas*. Curitiba: Juruá, 2001.p 80.

aplicação.¹⁴² Penas cruéis realimentam a violência e a desorganização da sociedade pois agravam o processo de dessocialização do preso.

Diante das características do regime em estudo, verifica-se que a Lei no 10.792/2003 implantou a incomunicabilidade do preso condenado ou provisório, visto que tornou possível "restringir o acesso dos presos provisórios ou condenados aos meios de comunicação de informação"¹⁴³, assim como, "disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso"¹⁴⁴.

O Judiciário Paulista havia pronunciado sobre a legalidade do RDD, apenas amparado na resolução no 26/2001, da Secretaria da Administração Penitenciária, nos seguintes termos:

[...] o tratamento diferenciado imposto ao paciente, com a restrição de: "somente receber alimentos por parte de familiares uma vez por mês", ficar submetido "a cela isolada durante toda a permanência" com saída restrita de apenas uma hora por dia; falta de "direito de assistência material e religiosa, pois não previstas no regulamento", "limitado o número de visitas" (fls. 3) e "suspensa a 'regalia' de visita íntima por todo o período" (fls. 4), conforme já afirmado, em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei das Execuções Penais na aplicação terapêutica da pena do reeducando de maneira abstrata, ainda mais na espécie, quando o paciente trata-se de reeducando com "muitas faltas disciplinares de natureza grave" e "sobretudo porque pertence a facção criminosa do PCC", conforme se observa do teor do ofício da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado endereçado ao Secretário Adjunto daquele órgão administrativo almejando a inclusão do paciente na denominada Unidade de Regime Disciplinar Diferenciado (fls. 125)."

Sem embargo a impossibilidade de manter irrestrito "contato com o mundo exterior", pois somente pode se comunicar por meio de "carta

¹⁴² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo. Rideel, 2003. p. 58. Traduzido por Deocleciano Torrieri Guimarães. p. 60.

¹⁴³ BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

¹⁴⁴ BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

para a sua família, sendo as demais proibidas e suspensas ainda os meio de informação", posto que a referida restrição decorre da imposição do regime diferenciado previsto no artigo 5º, inciso IX, da Resolução SAP-026 no qual o paciente encontra-se incluído a fim de evitar, dentre outras restrições, a excessiva comunicação com o mundo exterior por meio de correspondência evitando-se que venha exercer negativa liderança sobre outros reeducando inclusos no sistema prisional [...]145

Ora, é dever do Estado garantir a segurança de todos os cidadãos, sem, com isso, lançar mão dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela nossa Magna Carta e que foram conquistados com muita luta e ao longo dos anos. A aplicação correta da LEP, por si só, garantiria a tranquilidade dos cidadãos de bem, eis que prevê com clareza um sistema de faltas e sanções aplicável, sem qualquer necessidade de usar-se do arbítrio. Além do mais, do ponto de vista da segurança, a LEP não impede a tomada de medidas preventivas, tais como realização de revistas periódicas, instalação de detectores de metal, sistemas de bloqueio de telefones celulares e sistema fechado de vídeo, podendo tais meios serem empregados sem a necessidade de criação de mais leis, como ocorreu com a Lei no 10.792/2003.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime disciplinar diferenciado foi implantado na busca de conter as ações dos integrantes de organizações criminosas, que mesmo presos, continuavam comandando a prática de crimes fora dos estabelecimentos penitenciários. A Lei no 10.792/2003, no que diz respeito à execução penal, representa um retrocesso e um golpe nos ideais que inspiraram a LEP, na medida em que viola os princípios e regras que a nortearam.

Nesse contexto, observa-se que a Lei no 10.792/2003 ofende os direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados e aos condenados, eis que não respeita os princípios da proporcionalidade e da humanidade das penas, princípios estes que devem ser obrigatoriamente observados na execução da pena.

A criação de tipos infracionais excessivamente abertos, com expressões vagas, imprecisas e passíveis de múltiplas significações, fere também o princípio constitucional da legalidade, conforme o desdobramento da taxatividade, sendo, sob esta ótica,

145 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Hábeas Corpus no. 400.000.3/8. Impetrante: Marco Antonio Arantes de Paiva. Paciente J.F.M. Relator: Haroldo Luz. São Paulo, 21 novembro de 2001. **TJSP**, São Paulo, 2005. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 Ago. 2022.

materialmente inconstitucional. Ao Estado não se permite mais o exercício arbitrário do jus puniendi, eis que o poder sancionador da administração penitenciária está submetido ao princípio da legalidade e este precisa ser exercido para facilitar os meios de defesa do interno que poderá ser submetido a alguma sanção disciplinar.

No que tange a incomunicabilidade do preso, durante a investigação criminal, verifica-se que a mesma não tem sido aplicada devido à existência de divergência doutrinária quanto a sua revogação ou não. O argumento mais forte pela revogação é que se durante o estado de defesa, em que o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, é vedada a incomunicabilidade, logicamente não se poderia permiti-la em situação de normalidade. Ademais, a incomunicabilidade do indiciado restou prejudicada, no sentido de que nunca pode ser ordenada de modo absoluto, eis que é garantido ao preso a assistência familiar e a do advogado.

Destarte, com muito mais razão, o isolamento previsto na Lei no 10.792/2003, que deixa o preso numa situação de quase incomunicabilidade, não deve ser empregado. Permitir que um preso fique isolado em solitária por dois anos, sem qualquer comunicação com o mundo exterior, é o mesmo que condená-lo a morte em vida, podendo transformá-lo em um doente mental. Como é cediço, o isolamento prolongado incorre no risco da mudança do mecanismo cerebral, afetivo e comportamental.

Nesse sentido, entende-se que o agravamento das medidas aflitivas pela Lei 13.964/2019 só pioraram o quadro já existente no sistema carcerário brasileiro, como também, violam de modo veemente os direitos do preso. Não obstante o caráter repressivo da pena é fácil observar que o RDD, bastante alterado com o pacote anticrime, esquece-se do caráter ressocializador da pena e de um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.

A repressão ao crime organizado deve-se dar dentro dos limites da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos, protetores da dignidade da pessoa humana; a criação do regime disciplinar diferenciado não acabará com a violência urbana, assim como não tornará o preso uma pessoa melhor e não tornará mais segura a sociedade. É pertinente buscar a reintegração do apenado ao convívio social, através de mecanismos de assistência àquele, por meio da educação intelectual, artística e profissional. Não é com sanções mais rígidas que se alcançará as verdadeiras finalidades da pena, qual sejam, evitar a prática de delitos e ressocializar os presos, os quais são atirados em estabelecimentos penais, que a cada dia se propagam mais, afetando diretamente o princípio constitucional da humanidade.

Há outras maneiras de se reprimir o avanço do crime organizado, sem passar por cima dos direitos e garantias fundamentais. A LEP possui mecanismos que, por si só,

solucionariam o problema da criminalidade, devendo-se, para alcançar tal objetivo, ser efetivamente empregada.

Portanto, a incomunicabilidade do preso imposta com a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado trata-se de uma pena cruel, que fere a Constituição Federal, nos seus incisos III, XLVII, e, e XLIX, do art. 5º, que dispõem, respectivamente, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “não haverá penas cruéis” e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”¹⁴⁶, devendo sua aplicação ser afastada. O que se propõe é a adequada aplicação da LEP, para evitar as ações dos líderes e integrantes de facções criminosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Hábeas Corpus nº. 400.000.3/8. Impetrante: Marco Antonio Arantes de Paiva. Paciente J.F.M. Relator: Haroldo Luz. São Paulo, 21 novembro de 2001. **TJSP**, São Paulo, 2005. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 03 Ago. 2022.

¹⁴⁶ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2005.

ALBUQUERQUE, J B Torres. Alterações na lei de execução penal e no código de processo penal: comentários à lei nº 10.792/03. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revam, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo. Rideel, 2003. Traduzido por Deocleciano Torrieri Guimarães.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CERNICHIARO, L. Vicente. *Direito penal na Constituição vista dos tribunais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel?. *Boletim Ibccrim*, v.11, n.134, p. 5, jan. 2004.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito de execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves Fraga. *Direitos Humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 1.

_____. Execução penal: comentários a Lei nº 7.210 de 11/07/1984. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RODRIGUES, Francisco Fernandes. A incomunicabilidade do indiciado preso, na lei de segurança nacional e o exercício pleno da advocacia. *Revista de Direito Militar*, 1981, ano VI, nº 09, p. 58.

SIRINO, Sérgio Inácio. *Inquérito Policial; em perguntas e respostas*. Curitiba: Juruá, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA E AS INOVAÇÕES NO ÂMBITO DA CELERIDADE PROCESSUAL

MARIA CLARA VASCONCELOS PIRES DE CARVALHO:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário
FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo científico tem como propósito analisar os Juizados Especiais Cíveis como instrumento facilitador do acesso à Justiça, conceituando-os, apresentando suas principais características, seu peculiar procedimento e os princípios norteadores da Lei de regência, discorrendo sobre as dificuldades que as pessoas tem para que consigam alcançar a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva, o chamado "Acesso à Justiça". Além disso, analisam-se as inovações no âmbito da celeridade processual, principalmente no período pós pandemia, abordando prós e contras da nova sistemática, qual seja a justiça virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Juizado Especial Cível. Instrumento facilitador. Acesso à Justiça. Celeridade processual.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to analyze the Special Civil Courts as an instrument that facilitates access to Justice, conceptualizing them, presenting their main characteristics, their peculiar procedure and the guiding principles of the Regency Law, discussing the difficulties that people have to that manage to effectively provide judicial protection, the so-called "Access to Justice". In addition, innovations are analyzed in the scope of procedural speed, especially in the post-pandemic period, addressing pros and cons of the new system, namely virtual justice.

KEYWORDS: Special civil court. Facilitating instrument. Access to justice. Procedural speed.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tem como um dos objetivos abordar sobre os Juizados Especiais, em especial o Cível, como instrumento facilitador do acesso à justiça, visando analisar como a justiça tem procurado se aproximar da população, buscando facilitar o acesso de todos, nas causas de menor complexidade, através dos Juizados Especiais, assim como quais procedimentos são necessários para esse ingresso, destacando a celeridade que os mesmos proporcionam.

Os juizados especiais, antigos juizados de pequenas causas, foram idealizados e implantados para facilitar o acesso à Justiça para a população carente, grande massa de hipossuficientes, principalmente aqueles que sofrem desigualdades sociais e que são

desprovidos de recursos materiais para enfrentar as custas processuais. São considerados atualmente ferramentas de auxílio à justiça e trouxeram novos ares ao ordenamento jurídico, promovendo facilidade de acesso e celeridade nos processos, dentre outros benefícios.

A democratização do acesso à Justiça, objetivo do novo sistema, tem sido buscado com a redução das barreiras formais e burocráticos de busca da tutela judicial, dotando o cidadão comum de capacidade de estar em Juízo até desacompanhado de Advogado, nas ações até o limite de alçada de vinte salários mínimos. Entretanto, após o período pandêmico vem se travando um duelo silencioso entre novas e velhas práticas, haja vista constatar-se um embate entre o atendimento e funcionamento virtual e o totalmente presencial.

Dessa forma, o presente artigo objetiva analisar o Juizado Especial Cível como instrumento facilitador ao Acesso à Justiça, identificar os empecilhos do acesso à justiça nos Juizados Especiais no Brasil, assim como identificar as principais características do Juizado Especial Cível e seus Princípios, demonstrar os benefícios do surgimento desse Procedimento para a população menos favorecida, e explanar sobre as inovações no âmbito da celeridade processual pós período pandêmico, assim como o regresso do Judiciário ao presencial.

Verifica-se que a pandemia exigiu adaptação para manter em funcionamento o aparelho judiciário, na tentativa de ainda propiciar celeridade processual, havendo, atualmente, um equilíbrio entre o atendimento virtual e totalmente presencial, constatando-se que o atendimento *on line* trouxe inovações significativas no âmbito da prestação jurisdicional, em relação ao sistema utilizado no período pré pandêmico, estando hoje em fase embrionária de funcionamento o atendimento e trabalho híbrido, bem como a justiça 100% virtual.

2 O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados com a promulgação da Lei 9.099/95, atendendo a um clamor por um equipamento judicial célere e com baixas custas para possibilitar acesso fácil à população de menor renda, com vista à solução de conflitos de menor complexidade.

Nos termos da lei de regência, são princípios do Juizado Especial, elencados no seu Art. 2º, a saber, *in verbis*: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação".

Isso apresentou um novo paradigma para a justiça pátria, pois tudo que ela não apresentava era informalidade, posto que, desde primórdios, nossa Justiça era formal, muitas vezes em excesso, incompreensível e inalcançável ao cidadão comum. Que se dirá de simples e principalmente célere, dois parâmetros distantes do sistema judicial de então. A partir da Lei dos Juizados, a conciliação e transação passaram a balizar a modernização dos procedimentos, tendo percolado para os códigos procedimentais cada vez mais.

Os Juizados Especiais são considerados por parte dos doutrinadores uma espécie de procedimento simplificado, tanto no tratamento de conflitos de interesses quanto na técnica informal, e procedimento simplificado do rito especial de Lei 9.099/95. Dessa forma, compreende-se que a interpretação da lei deve ser sistemática e em conjunto para se determinar as causas cíveis de menor complexidade.

A grande importância dos Juizados Especiais está justamente no objetivo de facilitar a composição entre as partes, afastando a litigiosidade contida, em busca e solução consensual, sendo a dispensa da atuação de Advogado outro item que deve ser considerado válido, merecendo análise mais minuciosa.

Os Juizados Especiais não são simples rito a ser cumprido pelos juízes já existentes. São, na verdade, novos órgãos judicantes, cuja implantação depende não da lei federal que os regulamentou, mas de leis locais que efetivamente os criem. (THEODORO, 2004, p. 311)

Merece destaque o fato de que a Lei dos Juizados foi precedida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que influenciou profundamente nas relações de consumo, trazendo à tona direitos antes apenas desejados. Tal fato, pelo ineditismo, gerou uma enxurrada de demandas na Justiça, que se apresentou incapaz de prestar a jurisdição com a celeridade e informalidade requerida, o que fez ver ao legislador a necessidade de criação de um mecanismo que suprisse essa demanda, deslocando a competência da Justiça comum para essa especializada, o que se revelou bastante sensato, respondendo hoje, os juizados Especiais, numericamente, pela maior parte dos feitos que tramitam na Justiça.

Uma Vara de Juizado Especial Cível na cidade de Manaus hoje, recebe mais de 600 processos por mês e uma Turma Recursal, composta por quatro Magistrados, recebe cerca de 1.200 recursos no mesmo período. Esses números demonstram a magnitude do trabalho desenvolvido e o acerto do legislador ao impor essa fórmula de evidente sucesso.

2.1 Conceito e principais características

A Lei dos Juizados Especiais trouxe um conjunto de inovações em relação aos meios de resolução de conflitos, assim esclarece Tourinho Neto e Figueira Jr. (2007):

Sistema de Juizados Especiais vêm a ser, portanto, um conjunto de regras e princípios que fixam, disciplinam e regulam um novo método de processar as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo. Um a nova Justiça marcada pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual para conciliar, processar, julgar e executar, com regras e preceitos próprios e, também, com uma estrutura peculiar, Juízes togados e leigos, Conciliadores, Juizados Adjuntos, Juizados Itinerantes, Turmas Recursais, Turmas de Uniformização.

Tourinho Neto ainda explica sobre a definição e orientação dos Juizados Especiais:

Esse ponto que levantamos é de grande importância em face da orientação emanada da Lei Maior e da norma infraconstitucional, que toma por base as causas cíveis de menor complexidade para definir a competência dos Juizados Especiais, considerando, para tanto, o critério valor e da matéria. (TOURINHO NETO, 2011, p.90-91)

A Lei 9.099/95 surgiu para aqueles que buscam a igualdade no tratamento e solução das lides, possibilitando que as partes dispusessem de um procedimento mais célere e eficaz do que o proposto no rito ordinário, julgando ações cujo valor da causa sejam de até 40 salários mínimos, possibilitando até mesmo o ajuizamento do processo pelas próprias partes, dispensando a assistência de um(a) advogado(a), sendo lavrado pedido pela própria Secretaria do Juizado Especial Cível, quando o valor da ação for de até 20 salários mínimos.

Nesse diapasão, tem como principais repercussões do CPC aos Juizados, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), o regime de tutelas de urgência, e entre outros, assim como também há divergências, como a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que se discute sobre o cabimento dos Agravos de Instrumento no âmbito dos Juizados Especiais, e o jus postulandi.

2.2 Do procedimento Sumaríssimo

A implantação dos Juizados Especiais no ordenamento jurídico brasileiro reporta um meio facilitador para a busca da Justiça, uma vez que reduzidas formalidades exaustivas encontradas no procedimento comum ordinário, próprio das Varas Cíveis Comuns.

Para sair do formalismo processual, as partes buscam soluções por intermédio de meios alternativos, como a conciliação, sendo um método de resolução dos conflitos de

interesses, configurando mais uma via de acesso à justiça, pois descentraliza os serviços jurisdicionais e aproxima os cidadãos de bem do equipamento judicial do Estado.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis instituiu os Conciliadores como auxiliares da Justiça. Trata-se de função permanente, mas não pessoal, pois independe de quem a esta exercendo, bastando que se faça presente. O recrutamento não ocorre por concurso público, mas por escolha do juiz. Exercem função pública honorífica e de alta relevância, mas em regra não são funcionários públicos vinculados ao Estado. (FRIGINI, 2000, p. 152)

A conciliação ocorre quando ambas as partes, afim de solucionar a lide, chegam a uma anuência, podendo obter como resultado da conciliação a transação, desistência da lide, ou submissão, podendo ocorrer dentro ou fora do âmbito processual, sem que haja conflito.

Conforme Bidart (2002) a conciliação:

É um instituto adequado para alcançar a justiça, por parte daqueles mesmos incluídos no conflito, que por isso sabem melhor a que aspiram e que pode satisfazer suas necessidades, na realidade concreta que vivem e no momento e na oportunidade em (...) (BIDART apud TAVARES, 2002, p. 127)

A audiência de Conciliação é expressamente prevista na Lei dos Juizados Especiais, disposta nos artigos 21 e 22, que diz:

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no §3º do art. 3º desta Lei.

Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Muito embora existam os Princípios norteadores dos Juizados Especiais com o desejo de facilitar a busca da Justiça, vê-se que a satisfação da pretensão só será alcançada quando da autocomposição ou da prolação da sentença pelo Estado-Juiz, que por

intermédio dos fatos e provas colacionados aos autos apresenta sua decisão, finalizando o processo.

2.3 Dos princípios norteadores

Diante dos conceitos apresentados, apresentam-se os princípios como normas superiores, de caráter estruturante no ordenamento jurídico com papel fundamental, pois representam os valores jurídicos de uma determinada comunidade, por ela consagrados, independentemente da vontade do legislador.

Mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (J. M. Teran, p. 146).

O artigo 2º da Lei dos Juizados Especiais dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências, trazendo também o rol dos princípios orientadores dos Juizados Especiais, quais sejam: oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade e a autocomposição, mais conhecida como Conciliação.

O princípio da Oralidade determina que compete ao juiz colher as provas diretamente, e tem relação com o predomínio da prova oral nas declarações perante juízes e tribunais. Remete a redução do procedimento a uma só audiência, e em casos excepcionais, quando estritamente necessária a oitiva de testemunha, ocorrerá audiência de instrução e julgamento. Com a sua aplicação no procedimento sumaríssimo, fica mais efetiva a busca pela justiça, sendo, portanto, mais célere.

O procedimento do Juizado Especial constitui a verdadeira essência do processo oral sustentado por Chiovenda, assinalado naquelas outras facetas que lhe completam realmente a nota de utilidade: a concentração dos atos processuais, a imediatidade do julgador no contato com os fatos e as provas e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. A oralidade do procedimento, no seu aspecto da concentração dos atos processuais, traduz-se numa dinâmica em que todos os atos de instrução se praticam de uma só vez, ou em lapso de tempo o mais breve possível. (REINALDO FILHO, 1996).

O princípio da Simplicidade nada mais é do que o acesso à Justiça sem burocracia, e se relaciona com o princípio da informalidade, como a dispensa de requisitos considerados formais sem que prejudique as partes nem terceiros interessados. Portanto,

deve ser simples de uma forma que qualquer cidadão possa praticar os atos processuais sem maiores dificuldades.

[...] Pela adoção do princípio da simplicidade ou simplificação, pretende-se diminuir tanto quanto possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo sem que e prejudique o resultado da prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico. Tem-se a tarefa de simplificar à aplicação do direito abstrato aos casos concretos, quer na quantidade, quer na qualidade dos meios empregados para a solução da lide, sem burocracia [...]. (MIRABETE, 1996, p.9)

Estampa o princípio da Informalidade os atos das partes serão praticados de maneira verbal, muitas vezes até sem o conhecimento jurídico adequado, havendo uma adequação aos leigos que buscam o Judiciário para solução dos seus conflitos, para que consigam ingressar na justiça sem maiores problemas, mas não significa que as formalidades estejam extintas.

Ademais, exalta Figueira Júnior, sobre a informalidade, que não se pode entender como uma justiça de “segunda classe”, não se relacionando a um desprestígio ou diminuição da prestação jurisdicional, e sim de uma forma de instrumentalidade célere e simples na resolução dos conflitos:

Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem da guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta de proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar a liberação da indesejável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa [...]. (JUNIOR, 2007)

O Princípio da economia processual visa o melhor resultado no processo pela redução das custas processuais, sendo voltado para a gratuidade da justiça para pessoas que necessitam deste benefício afim de que possam dar andamento nas causas que tiverem interesse, sem que tenham de desembolsar valor de que não dispõem.

O princípio da economia dos atos processuais consiste na preterição de atos ou formalidades que se tornaram desnecessárias, no curso do processo, em proveito da celeridade da marcha processual. Ocorre, por exemplo, quando o juiz, suprindo alguma nulidade ou

corrigindo certa irregularidade, aproveita os atos anteriormente praticados, aos quais o vício não contaminou. (CANABARRO,1997, p.116).

3 DO ACESSO À JUSTIÇA

A justiça, na visão geral, nada mais é do que o justo e o correto, mas também é o respeito à igualdade de todos os cidadãos, e juridicamente pode ser definido como a conformidade com o direito, o preceito legal, sendo o equilíbrio que estabelece a moral e a razão entre o direito e o dever.

O doutrinador Filho (2002, p. 1) explana que:

(...) a idéia de Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, eqüidade; honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de direito natural desde a antigüidade.

Dessa forma, houve grande evolução no âmbito do caminho à Justiça, objetivando sempre que possível a conciliação e uma Justiça mais célere, de forma que os cidadãos compreendam o procedimento e o processo, ensejando às partes um tratamento mais equânime.

É a adequação dos anseios da população a uma justiça rápida, sem custas e sem formalismo. (CAPPELLETTI, p. 71).

Dessa forma, tem-se a desejada aplicação à Justiça da igualdade entre os conflitantes, mas Grinover (2010, p. 36) coloca sua aplicação através do processo, que: "(...) o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material. Dessa forma, tem-se o processo como principal instrumento para a atuação da Justiça, sendo amparada pela Constituição Federal, estabelecendo o direito ao devido processo legal, também conhecido como Acesso à Justiça".

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010) ainda estabelecem perfeitamente que:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, Ou possibilidade de ingresso em juízo, Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do

acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2010, p. 39)

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente este direito, nos termos do art. 5º, XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”. Sendo um conceito de acesso à justiça sob uma perspectiva interna do processo, se relacionando ao acesso ao Poder Judiciário, não se limitando ao direito de ação, e sim na garantia de que o Estado dará total abertura para que todos tenham o devido acesso à Justiça, sendo não só um direito fundamental, mas também um princípio.

Neste sentido ensina Souza (2013):

Nesse ponto, se é indispensável uma porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado- juiz sem o devido processo em direito, isto é, sem processo provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo eficácia das decisões, etc. (SOUZA, 2013)

A democratização é a movimentação constante, sempre visando atualizar e melhorar o sistema jurídico, afim de que haja, de fato, pleno acesso à Justiça, que é um requisito fundamental e mais básico dos direitos humanos, uma vez que condiz com o cidadão de bem ir atrás dos seus direitos sem burocratização ou qualquer empecilho, facilitando, portanto, o anseio de justiça, tornando real o sentido de cidadania.

É possível democratizar o acesso à justiça através da transparência e informação, sempre aperfeiçoando a prestação jurisdicional. Com o advento da Constituição de 1988 o conceito de cidadania se tornou mais nítido, pois expôs consciência aos direitos e deveres dos cidadãos, o qual contribuiu também para o incremento da inclusão social.

As portas do Judiciário devem estar sempre abertas ao jurisdicionado, para prestar-lhe a jurisdição ou para informar-lhe, da melhor maneira possível, sobre seus direitos. Que, em breve, permita Deus que essas portas estejam todas abertas literal – e não apenas remotamente – aos nossos cidadãos! (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, MARTINS, Humberto Eustáquio Soares)

O acesso à justiça tem como obstáculo o alto custo de um processo, no qual a parte vencida terá que arcar com as despesas processuais, honorários advocatícios e verbas

sucumbenciais, não havendo garantias, mesmo a parte que requer, de que não terá custos para arcar.

Em certos momentos, a falta de informação também traz consequências aos resultados do processo. Isto porque a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais, uma vez que sem conhecimento e incentivo à parte pode abster-se de lutar por seu direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23).

À vista disso, a autora Bruna Malveira Ary (2010, p. 279), menciona que o “formalismo presente na máquina judiciária acentua as desigualdades entre as partes, prejudicando os litigantes ocasionais, especialmente os mais humildes [...]”, uma vez que estes possuem pouca experiência com os procedimentos da tutela jurisdicional.

3.1 O Juizado Especial Cível como instrumento facilitador ao Acesso à Justiça

Diante do sistema multiportas que surgiu com o advento do Código de Processo Civil juntamente com a Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que o Juizado Especial Cível serve como instrumento para facilitar o acesso à justiça pela população em geral, visto que tem um procedimento mais simples e menos formal que o procedimento comum.

Entende-se que os Juizados Especiais foram apresentados ao mundo jurídico na busca por uma justiça mais democrática, usando para isso procedimentos mais simplificados, adotando a Conciliação como principal objetivo para a solução dos conflitos, buscando uma Justiça mais célere, simplificada e econômica.

Já nos Juizados Especiais a assistência do advogado pode ser dispensada, uma vez que as partes podem postular uma ação ajuizando no próprio fórum, nos casos em que a ação seja no valor de até 20 (vinte) salários mínimos. Cappelletti assinala o papel fundamental exercido pelos advogados, enfatizando que:

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vitais.

Realizando uma avaliação dos procedimentos dos Juizados Especiais, Figueira sistematiza algumas das desvantagens que o autor terá com a escolha do juízo especial:

As possíveis desvantagens: 1ª) polêmicas e incertezas criadas por alguns operadores do Direito a respeito da aplicação dos institutos

da tutela antecipatória e acautelatória ao sistema dos Juizados Especiais (=dúvida – no nosso entende infundada – sobre a aplicação subsidiária do CPC à Lei 9.099/1995); 2ª) não utilização dos ritos especiais diversificados previstos no CPC ou em leis extravagantes os quais viabilizam tutela diferenciada; 3ª) renúncia a crédito excedente a quarenta vezes ao salário mínimo; 4ª) restrição à prova pericial e ao número de testemunhas; 5ª) em geral, redução dos prazos para prática de atos processuais; 6ª) possibilidade de se verificar a extinção do processo por complexidade da matéria probatória, inadequação procedimental ou necessidade de prosseguimento com citação editalícia; 7ª) possibilidade de as audiências virem a ser presididas por conciliadores não bacharéis ou por juizes não togados; 8ª) inexistência de fase de alegações finais; 9ª) sistema recursal reduzido; 10ª) limitação ao duplo grau de jurisdição (envio das decisões para os Colégios Recursais como segunda e última instância); 11ª) descabimento de ação rescisória.

3.2 Os empecilhos ao acesso à justiça nos juizados especiais cíveis

Os juizados especiais tem muitas vantagens procedimentais, devido aos princípios norteadores, por fugir do procedimento comum, entretanto também existem alguns empecilhos que podem dificultar ou até mesmo impedir o acesso à justiça dos cidadãos com esse procedimento. Um exemplo muito comum é necessidade de prova pericial em alguns casos, o que foge da competência dos Juizados Especiais.

Dessa forma, comenta o ilustre Professor Ricardo Cunha Chiment que “quando houver necessidade de produção de prova pericial, o processo deverá ser extinto e remetido a uma das Varas Comuns, contudo, informa que a Lei Especial possibilita a produção de inspeção judicial a ser realizada pelo Magistrado ou por pessoa de sua confiança”.

Quando a solução do litígio envolve questões de fato que realmente exijam a realização de intrincada prova, após a tentativa de conciliação o processo deve ser extinto e as partes encaminhadas para a Justiça Comum, nos termos do inciso II do art. 51 da Lei n. 9.099/95. É a real complexidade probatória que afasta a competência dos Juizados Especiais. (CHIMENTI, 2003)

Nessa sequência, vale ressaltar que o Enunciado n.º 12 dos Juizados Especiais possibilita a admissão de prova pericial informal nas hipóteses formuladas pelo artigo 35, caput, da Lei 9.099/95, quais sejam: inquirição de técnicos de sua confiança e a

apresentação de parecer técnico trazidos pelas partes aos autos. Assim preconiza o mencionado Art. 35:

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Em relação ao momento processual em que as provas devem ser produzidas, que não ficam limitadas à inicial, podem ser juntadas aos autos a qualquer tempo até a data da audiência de instrução e julgamento, podendo ainda o magistrado conceder, caso veja necessidade, prazo para juntada de demais provas documentais para ambas as partes, embora seja recomendável a sua apresentação anteriormente para prévia análise do Magistrado.

Outro empecilho seria o limite do valor da ação de no máximo até 40 salários mínimos, na qual impede a parte autora demandar dentro da competência dos Juizados caso o valor da sua causa seja superior ao teto, caberá ao Autor avaliar o melhor juízo para dar início a sua demanda, e no caso, para obter um processo mais célere e a satisfação de seu direito num curto tempo e sem tantas formalidades, poderá este renunciar ao valor excedente cabível na Competência dos Juizados Especiais.

Pode-se também considerar um empecilho procedimental a efetivação da citação por parte do autor, uma vez sendo uma relação completa do autor, do juiz com o lado passivo da demanda, estabelecendo assim o início do contraditório e da ampla defesa, não podendo a parte autora modificar seu pedido inicial ou a causa de pedir, sem o consentimento da parte adversa.

Ainda sobre a citação, com o objetivo de garantir a celeridade do processo, a Lei dos Juizados Especiais estabeleceu a realização da citação por correspondência, conforme disposto no artigo 18 da mencionada lei:

Art. 18. A citação far-se-á:

- I - Por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria;
- II - Tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado;

Vale lembrar que no Juizado Especial Cível é inadmissível a citação editalícia, qual seja, a citação por edital, que é espécie de citação ficta, aquela que se faz quando desconhecido, em lugar ignorado, incerto ou inacessível, bem assim nos casos autorizados por lei, sendo utilizada somente após o esgotamento dos meios de localização para citação

pessoal do Réu, uma vez que incumbe ao requerente, quando da propositura da ação, estar munido do nome e endereço completos da parte requerida.

Por fim, não se admite a reconvenção dentro do procedimento especial, que ocorre, no rito ordinário, quando o réu de um processo possa fazer alegações e pedidos próprios dentro do processo, podendo, dessa forma, inverter os polos e a estrutura do processo, como duas ações dentro do mesmo processo, devendo ter conexão com a ação principal, e é apresentada dentro da contestação sobre as alegações do autor na petição inicial.

Extrai-se no artigo 31 da Lei 9.099/95 a proibição da reconvenção nos Juizados Especiais, podendo o autor formular pedido contraposto em contestação, nestes termos:

Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

4 INOVAÇÕES NO ÂMBITO DA CELERIDADE PROCESSUAL (A implementação da justiça virtual)

Vale ressaltar que o direito consuetudinário surge dos costumes, e vai se modificando e se adequando com o tempo, conforme a realidade social da época, dessa forma a Justiça no mundo inteiro, em consequência da pandemia, teve que se adequar para que pudesse continuar funcionando de forma eficaz. Os Tribunais, para acompanhar a realidade da época da pandemia de Covid-19, implementaram o atendimento *on-line* e o *home office*, por questão da duradoura transformação no modelo de prestação jurisdicional e de acesso à justiça.

Diante dessa situação mundial houve uma necessidade de adoção de uma nova forma de funcionamento para solucionar de forma eficaz e capaz de ampliar a eficiência dos serviços prestados pelo Judiciário, além da redução de gastos públicos, que teve como consequência, ou até mesmo uma vantagem, um resultado de grande êxito na esfera da implementação do Programa de Teletrabalho nos Tribunais, incluindo o sucesso obtido no regime excepcional de *home office* durante o período mais crítico da pandemia.

O princípio da celeridade processual suste-se com clareza no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, já que nos Juizados Especiais, os processos são desenvolvidos e conseguem alcançar seu fim, com a maior segurança jurídica possível ao fim da demanda, no sentido de se realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão.

A preocupação do legislador com a celeridade processual é bastante compreensível, pois está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa à problemática realidade dos órgãos da Justiça comum, entrevada por toda sorte de deficiências e imperfeições, que obstaculizam a boa fluência da jurisdição. (...) A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo. (BONADIA NETO, 2006, p.6).

É, justamente, na sua função de ser célere que reside o diferencial dos Juizados Especiais Cíveis, da Justiça comum. “Não fosse pela necessidade de dispor de um instrumento que dinamizasse e reduzisse o “tempo de vida” das demandas judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador não teria construído uma Lei especial que regulamentasse tal procedimento.” (REINALDO FILHO, 1996, p.38-39).

Com a pandemia o sistema jurisdicional sofreu um grande impacto, visto que não estava preparado para tornar o sistema de trabalho normalmente presencial em virtual, foi uma grande mudança para todos os servidores desse sistema, e com isso descobriu-se o *home office*, que gerou uma transformação e evolução jurídica.

Em tempos de Covid-19, o trabalho remoto ou teletrabalho, assim definido no artigo 75-B da CLT, que já vinha ganhando força nas empresas, tornou-se a única alternativa para realização de algumas atividades antes feitas exclusiva ou preponderantemente de maneira presencial nos escritórios, nas varas, e no sistema jurídico como um todo.

Entre as principais vantagens do *home office*, destacam-se a flexibilidade, a redução de deslocamentos nas grandes cidades e do conseqüente estresse causado pelo trânsito, e até o aumento de produtividade em algumas atividades que exigem um grau mais alto de concentração, uma vez que o servidor ou funcionário trabalham no conforto da sua casa, devendo bater as metas estabelecidas por um supervisor.

O CNJ instituiu também, pela portaria nº. 61 de 31/03/2020, a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário. Devido a essa inovação, vários tribunais estabeleceram regras e procedimentos para o uso da tecnologia com o intuito de viabilizar a prática de atos processuais, inclusive sessões de julgamento, para que não houvesse atraso ou paralisação dos processos, e assim desse prosseguimento, efetivando a celeridade.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro divulgou em seu site que houve um aumento de 33,5% na quantidade de sentenças proferidas em primeira instância no estado em março de 2020, em comparação com o mesmo período do ano de 2019, quando o cenário era estável e funcionava de forma presencial, sendo distante do regime especial de trabalho, logo, conclui-se que a produtividade do trabalho à distância pode ser comprovada através de dados.

Portanto, com o advento do vírus Covid-19, o *home office* se tornou a única opção para a continuidade de muitas atividades profissionais, não só nas empresas e nos escritórios, mas também no judiciário.

4.1 O regresso ao presencial

Após o período mais grave da pandemia amenizar, iniciou-se o retorno dos trabalhos presenciais, com a implantação do sistema virtual no dia a dia do judiciário, assim como na vida do(a) advogado(a), ao retroagir para o presencial consequentemente houve uma reação/aversão, uma vez que o virtual trouxe muitos benefícios à vida das pessoas, ainda mais para a advocacia, pois de forma virtual conseguem realizar várias audiências ao mesmo tempo, com a economia de tempo, sem a necessidade de ter que se deslocar e gastar mais, podendo apenas entrar em contato através do balcão virtual para tratar sobre um ou vários processos simultaneamente.

Pode-se dizer que o Ato Normativo 031/2022, do TJES, que foi publicado no dia 30 de março de 2022 é um retrocesso no processo de ampliação do trabalho remoto, uma vez que atinge as audiências remotas realizadas por meio de aplicativos como o Whatsapp, Zoom, e Google Meet, tendo como ponto negativo o fato de as audiências virtuais deixarem de ser a regra, para se tornarem a exceção, conforme parágrafo único do art. 2º do Ato 031/2022, que encontra-se assim redigido:

Art. 2º. As sessões de julgamentos no Tribunal de Justiça voltarão a ser realizadas na modalidade presencial.

Parágrafo Único. As audiências, tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição, voltarão a ser realizadas na modalidade presencial, podendo, conforme o caso, ser realizadas por videoconferência.

Outro ponto negativo presente no mencionado ato está presente no art. 1º, §2º, acerca da escolha dos magistrados sobre a volta ou não dos trabalhos totalmente presenciais. Art. 1º, nestes termos:

Art. 1º. Restabelecer, a partir de 1º de abril de 2022, o trabalho presencial de todos os servidores, estagiários e colaboradores do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

§ 2º Cabe aos magistrados definir a conveniência e os critérios de retorno às atividades presenciais dos servidores, estagiários e colaboradores lotados nos seus respectivos gabinetes.

Logo, deixa a cargo do magistrado da vara/unidade judiciária, por critério de “conveniência” definir o retorno às atividades presenciais dos servidores, estagiários e colaboradores lotados nos referidos gabinetes. A regulamentação deve prever critérios objetivos, inclusive, para evitar preterimento entre servidores.

Isso aponta a resistência do Poder Judiciário em avançar nessa nova tecnologia, sendo certo que se trata de uma estrutura formal e conservadora, avessa, por natureza, a mudanças radicais. Entretanto, como reação a esses arroubos, percebe-se que a semente da virtualização foi lançada ao solo e floresceu, sendo caminho inarredável e definitivo, cabendo às unidades judiciárias, com o tempo, percebendo suas particularidades, adotar medidas de sua utilização.

Noutro ponto, entre 07 e 11 de novembro de 2022, ocorreu um mutirão de audiências de conciliação, sendo a 17.ª edição da Semana Nacional da Conciliação (SNC), simultaneamente levada a cabo em todo o País. A Semana Nacional da Conciliação ocorre por determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo coordenado pela Corregedora Geral de Justiça do Amazonas, divulgada por meio de uma Portaria, onde os tribunais selecionam os processos que tenham possibilidade de acordo intimando as partes envolvidas no conflito.

Em relação as audiências no Amazonas, a CGJ/AM determinou que fossem realizadas de forma presencial, de 8h às 16h30, para a advocacia privada, assim como para a advocacia pública e muitos saíram lesados devido ao grande deslocamento em curto período de tempo, prejudicando também as partes que representavam, pois ou não conseguiam chegar a tempo para as audiências entre um fórum e outro, ou realmente não havia possibilidade de estarem presentes nas audiências, que eram realizadas em questões de minutos.

No início do mês de novembro houve nova decisão do CNJ, determinando que os tribunais brasileiros terão o prazo de 60 dias para fazerem os ajustes necessários para o retorno das atividades presenciais por magistrados e magistradas, uma vez que muitos atos jurídicos estão sendo realizados de forma parcial desde o início da pandemia de Covid-19, estabelecendo-se critérios mínimos para o retorno presencial, que será regulamentado pelos tribunais, com a autonomia garantida pela Constituição.

5 CONCLUSÃO

Os juizados especiais, ou de pequenas causas, teve seu nascedouro no Brasil com a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 98, inciso I, na qual foi implementado com o intuito de dar celeridade na tramitação de processos com menor complexidade, mas principalmente facilitar o acesso dos cidadãos à Justiça. Este acesso está caracterizado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Dessa forma, os juizados especiais são instrumentos facilitadores do acesso à justiça, uma vez que foram criados para proporcionar um sistema mais ágil e simples, possibilitando que pessoas de baixa renda tenham a possibilidade de acionar a justiça com mais facilidade e segurança para a resolução dos seus problemas, além do que possui um processo aberto, em regra gratuito, concentrado, com participação das partes e do magistrado, focado na conciliação, com maior celeridade processual.

Outrossim, acerca das inovações no âmbito da celeridade processual, com o advento da justiça virtual, pode-se dizer que esta trouxe muitos benefícios tanto para as partes litigantes, quanto para os funcionários da justiça, uma vez que facilitou o atendimento e contato, principalmente entre advogado(a) e servidor, uma vez que facilitou o atendimento e contato, principalmente entre advogado(a) e servidor, pois diminuiu as idas presenciais das partes e representantes em busca de solicitarem o andamento processual, realizando esse pedido via atendimento virtual.

Além do mais, apesar de diminuir o contato entre as pessoas, ou seja, diminui a conexão, e os relacionamentos interpessoais, verificou-se que com o atendimento virtual e audiências on-line diminuíram os gastos com o deslocamento, e aumentou a possibilidade de realização de várias audiências ao mesmo tempo, sem a necessidade de ir em Fóruns diferentes, uma vez que os processos são distribuídos para fóruns de diversas localidades.

O retorno 100% presencial do trabalho no Poder Judiciário é um retrocesso da Justiça, uma vez que após tantos benefícios trazidos pelo teletrabalho, como em função da economia orçamentária e do acesso à Justiça proporcionados pela adoção da tecnologia, um equilíbrio entre o trabalho virtual e presencial é a solução, como muitas varas estão funcionando atualmente, e conseguindo atender de ambas as formas, mantendo a celeridade do processo e o acesso à justiça.

Diante do exposto, conclui-se que o assunto sobre o acesso à justiça não se esgota, pois diariamente temos decisões novas sobre o tema e até o presente momento a pesquisa

gerou os resultados apresentados e posteriormente no futuro podem haver novas pesquisas.

É um caminho sem volta, uma longa estrada a percorrer para uma justiça satisfativa e eficiente, sendo longo o passo dado com o teletrabalho. Ganhou o jurisdicionado com o encurtamento de etapas e uma decisão mais rápida. Ganhou o advogado porque não precisa deslocar-se tanto para cumprir sua missão, sem contar com o incremento da demanda por soluções judiciais. E ganha o próprio aparelho judicial estatal, que teve custos reduzidos e aumento de clientela, o que se deseja.

Que persigamos essas metas ousadas e que nos seja dado conhecer esse dia onde um cidadão comum poderá sentir-se acolhido pelo Estado-Juiz, sem medo, sem vergonha e com plena cidadania. Como o moleiro, que tendo o Rei a tentar obrigá-lo a vender suas terras disse-lhe um resolutio não, e com a tentativa de imposição à força do Rei respondeu-lhe: ainda há juizes em Berlim?

6 REFERÊNCIAS

Afonso Júnior (CGJ/AM). **Portaria divulgada pela Corregedoria de Justiça fornece instruções gerais para a realização da próxima Semana Nacional da Conciliação.** Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/7204-portaria-divulgada-pela-corregedoria-de-justica-fornece-instrucoes-gerais-para-a-realizacao-da-proxima-semana-nacional-da-conciliacao-2>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

Afonso Júnior (CGJ/AM). **Semana Nacional da Conciliação deste ano será na primeira quinzena de novembro.** Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/7147-semana-nacional-da-conciliacao-deste-ano-sera-na-primeira-quinzena-de-novembro>. Acesso em 16 de setembro de 2022.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote**. 1605.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 17. Ed. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLIVATI, Joana Maria de Pieri. **Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de acesso à Justiça**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Joana%20Pieri%20Clivati.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Semana Nacional da Conciliação**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>. Acesso em 17 de outubro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-define-regras-para-o-retorno-ao-trabalho-presencial-de-magistrados-e-servidores/>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **CNJ define regras para o retorno ao trabalho presencial de magistrados e servidores**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-define-regras-para-o-retorno-ao-trabalho-presencial-de-magistrados-e-servidores/>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

FACHINI, Thiago. **Reconvenção no Novo CPC: o que é, prazo e modelo**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/reconvencao/#:~:text=Conclus%C3%A3o-,O%20que%20%C3%A9%20reconven%C3%A7%C3%A3o%3F,invertendo%20a%20estrutur-a%20do%20processo>. Acesso em 17 de outubro de 2022.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. p. 88.

FILHO, Humberto Chiesi. **Jurídico em transformação: dinâmicas de trabalho pós-pandemia ganham forma hoje**. Disponível em: <https://analise.com/opiniao/home-office-e-as-formas-de-trabalho-pos-pandemia>. Acesso em 13 de novembro de 2022.

FILHO, José Vincenzo Procopio. **Os juizados especiais: singularidades do microsistema e sua harmonização com o CPC/2015**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67253/os-juizados-especiais-singularidades-do-microsistema-e-sua-harmonizacao-com-o-cpc-2015>. Acesso em 01 de dezembro de 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Direito, justiça e sociedade**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em 09 de junho de 2022.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. Leme – São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 152

MEDEIROS, Ângelo. **Pandemia exige adaptação para obter celeridade processual, pregam advogados do Oeste**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/pandemia-exige-adaptacao-para-obter-celeridade-processual-pregam-advogados-do-oeste>. Acesso em 31 de maio de 2022.

RODRIGUES, Silvan M. **Princípios que norteiam o Juizado Especial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78654/principios-que-norteiam-o-juizado-especial>. Acesso em: 09 de junho de 2022.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso à Justiça**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 09 de junho de 2022.

SOUZA, Hioman Imperiano de. **Juizados Especiais: 22 Anos de democratização do acesso à justiça**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/266618/juizados-especiais--22-anos-de-democratizacao-do-acesso-a-justica>. Acesso em 31 de maio de 2022.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. **Breves considerações sobre o acesso à justiça**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24200>. Acesso em 9 junho de 2022.

STACHON, Patricia Ruon. **Tribunal de Justiça do Amazonas divulga nova resolução sobre o programa do Teletrabalho na Corte**. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/7189-tribunal-de-justica-do-amazonas-divulga-nova-resolucao-sobre-o-programa-do-teletrabalho-na-corte>. Acesso em 17 de outubro de 2022.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa & FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei nº 9.099/95**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2007.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de direito processual civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 311.

ZACARIAS, Isabella Patriota. **OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA**. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16896/1/Monografia%20%20ISABELLA%20PATRIOTA%20----.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: E A CONDENAÇÃO COM BASE NA PALAVRA DA VÍTIMA

JAMIL GUILHERME RODRIGUES LIMA:
Acadêmico do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Estagiário no Ministério Público do Estado do Piauí.

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ¹⁴⁷

(orientador)

RESUMO: O presente artigo analisa a valoração da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, cujo depoimento pessoal da vítima é o único meio de prova. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida é possível à luz da presunção de inocência se discutir a condenação com base apenas na palavra da vítima. Dessa forma, objetivou-se analisar se a sentença condenatória pautada na palavra da vítima ofende o princípio da inocência, posto que em crimes contra a dignidade sexual, que na maioria das vezes são praticados na clandestinidade, restam somente os relatos da vítima. No que tange aos meios, a pesquisa classifica-se em bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser imprescindível para este trabalho.

Palavras-chave: *Standards* probatórios; Presunção de inocência; Epistemologia jurídica; Falsas-memórias.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a valoração da palavra da vítima nos delitos contra a dignidade sexual haja vista que, em sua grade maioria, são praticados na clandestinidade, às escuras, sem a presença de testemunhas. Para tanto, sugere-se como problema de pesquisa: Em que medida é possível à luz da presunção de inocência se discutir a condenação com base apenas na palavra da vítima? A pesquisa será desenvolvida tendo como base a revisão bibliográfica acerca dos temas: standards probatórios, presunção de inocência, epistemologia jurídica e falsas memórias.

Constata-se que a palavra da vítima dentro do processo penal é relevante sim, entretanto, o julgador quando da prolação da sentença condenatória deve levar em

¹⁴⁷ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI. Professor do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA e do Centro Universitário Uninovafapi - UNINOVAFAPI e Defensor Público do Estado do Piauí. *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com

consideração outros meios de prova, utilizando-se da técnica de ponderação, de modo haja congruência entre as alegações da vítima e as provas existentes, sob pena de aplicar-se o brocardo *in dubio pro reo*.

Logo, será analisado o suposto desrespeito à presunção de inocência ante a condenação do réu pautada tão somente na palavra da vítima, posto que a jurisprudência tem apoiado esse meio de prova como supedâneo para a condenação, uma vez que alguns delitos de crimes contra a dignidade sexual não deixam vestígios, como por exemplo, a importunação sexual e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal no estupro de vulnerável, por vezes é praticado as escuras, na clandestinidade, isto é, que na maioria das vezes não deixa vestígios, restando tão somente a palavra da vítima contra seu algoz. Bem como, serão analisados os possíveis problemas relacionados a confiabilidade da prova oral e sua recepção em relação aos outros meios de prova e suas implicações dentro do processo penal, como a denúncia caluniosa e o incidente de falsas memórias.

A relevância da pesquisa reside em discutir o desrespeito as garantias constitucionais do réu, as arbitrariedades por parte do judiciário brasileiro, bem como mostrar que ainda persiste um processo penal permeado pelo modelo inquisitorial.

Metodologicamente o estudo realiza a revisão bibliográfica em Direito Penal sobre o estupro de vulnerável, identificar em que medida é possível à luz da presunção de inocência se discutir a condenação com base apenas na palavra da vítima e discutir o *standard* probatório no processo penal brasileiro para só então analisar se é possível à luz da presunção de inocência se discutir a condenação com base apenas na palavra da vítima.

O artigo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica do tipo narrativa com abordagem dedutiva, por meio de consulta em obras, legislação, teses, dissertações, doutrinas e jurisprudência brasileira, relacionadas ao tema, sem, contudo, esgotar o assunto, mas de tão somente fomentá-lo.

2 PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO GARANTISTA

Acerca do modelo garantista, cumpre destacar que Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, propõe o mesmo como sendo um modelo pautado pela legalidade, próprio de um Estado de Direito, sob o pilar da intervenção mínima do Estado, mitigação da violência, de uma maior liberdade dos cidadãos e como corolário o respeito aos direitos destes. E continua aduzindo o grande jusfilósofo italiano que só é garantista o sistema penal que está de acordo com o ordenamento jurídico e que tenha eficácia no plano prático (FERRAJOLI, 2002).

Entretanto, renomado autor adverte que esse modelo enquanto parâmetro da racionalidade, da justiça, e da legitimidade da intervenção punitiva do Estado é

desrespeitado pela não efetivação das normas infraconstitucionais em face da Constituição, o que pode redundar em uma farsa. Foi justamente por causa dessa antinomia entre o modelo constitucional e sua inefetividade pelas normas inferiores que surgiu o garantismo como resposta a esta incongruência.¹⁴⁸

Em que pese a palavra garantismo seja utilizada há muito mais tempo, foi somente no século passado que ela passou a designar o que hoje entendemos. Nesse sentido, de acordo com Ippolito (2011, p. 36, *apud* RABELO, 2020, p. 29), “[...] foi somente a partir das décadas de 60 e 70 que o termo “garantismo” se consolidou na filosofia política italiana e viu seu sentido ser fortemente relacionado ao constitucionalismo rígido e à defesa das garantias constitucionais das liberdades fundamentais.”

Aury Lopes Jr. (2006) dissertando sobre a instrumentalidade do processo penal e criticando aqueles que acreditam que essa dita instrumentalidade está a serviço aos anseios da sociedade bem como aos que dizem agir em nome da Constituição, na verdade estão equivocados, porque não é essa a finalidade do processo penal, pois para ele seria inconcebível o Direito Penal sem o respectivo processo, assim como pena sem processo, uma vez que perderia sua aplicabilidade, diferentemente do direito civil que para ser aplicado, não depende do seu respectivo processo, aí onde reside a instrumentalidade do processo penal.

E conclui o autor (2006, p. 11) afirmando que:

[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, a um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais.

Destarte, não basta que tenhamos um sistema garantista estabelecido no modelo constitucional, se essas garantias não se traduzem no plano concreto, isto é, sua não efetivação pelas normas infraconstitucionais. É preciso que o garantismo seja efetivamente posto em prática, e isso ocorre no processo penal na medida em que são obedecidos e respeitados os comandos da Constituição, posto que o processo não é um fim em si mesmo, que não a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face

¹⁴⁸ Ibid., p. 683

as arbitrariedades perpetradas pelo próprio Estado na figura do juiz, mormente o direito à liberdade e a presunção de inocência.

2.1. O princípio da presunção de inocência

Foi com a Revolução Francesa, de 1789, e mais precisamente com seus ideais influenciados pelo Iluminismo que a liberdade passou a ganhar especial conotação, tanto que expressou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que todo acusado é considerado inocente até que sobrevenha sentença condenatória, no seu art. 9º (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Do mesmo modo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, após o regime fascista e o fim da Segunda Guerra Mundial, estatuiu o princípio da presunção de inocência, no seu art. 11 ao estabelecer que "todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS).

A presunção de inocência no estágio atual traduz-se como um axioma constitucional, conforme se depreende do inciso LVII, da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988). E vai muito além disso, vez que a presunção de inocência apresenta conteúdo mais amplo.

Nesse sentido, para Delmanto Júnior (2019, p.177), referido princípio "é regra de tratamento, uma orientação política que se consubstancia em um direito público subjetivo, uma presunção constitucional relativa (juris tantum) no sentido da não culpabilidade do acusado, até que se demonstre, no processo penal, cabalmente o contrário."

É um princípio de status constitucional, conforme visto, bem como está intrinsecamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, uma vez que como norma positivada deve ser respeitada pelo próprio Estado, que deve assegurar a não culpabilidade do cidadão até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Para além disso, para que a presunção de inocência mantenha-se intacta durante o trâmite da persecução penal deve se valer de outros princípios devidamente elencados no rol dos direitos fundamentais da Lei Maior, como o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, e principalmente o do devido processo legal – respectivamente nos incisos LIII, LV e LIV, todos do art. 5º (BRASIL, 1988)

Barroso (2022, p. 678) afirma

É inegável que a tipificação e punição de um crime interferem, inexoravelmente, com os direitos fundamentais, notadamente com o direito à liberdade. Por vezes, interferirá também com o direito de propriedade, em caso de multa ou perda de bens. Porém, como já se assentou, nenhum direito fundamental é absoluto, e existe sempre a possibilidade de tais direitos colidirem entre si ou com outros bens e valores constitucionais. Há uma tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada.

Deve-se registrar a título de esclarecimento que a expressão “pretensão punitiva” usada por Barroso é um termo equivocado, uma vez que Lopes Jr. (2021) explica que o detentor da ação penal, seja o Ministério Público, seja o particular, tem o poder de exercer a acusação formulada contra alguém ao Estado, eis que surge a pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), enquanto que a pretensão punitiva cabe somente ao juiz, pois somente ele pode punir, razão pela qual é mais correto falar-se em pretensão acusatória. Assim, o acusador (Ministério Público ou particular) leva até o conhecimento do julgador um fato definido como crime com as provas que achar pertinente e, uma vez respeitado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, se convencido estiver o juiz, este aplicará a reprimenda imputando ao condenado a prática de um delito com a sua correspondente pena.

Se existe uma tensão permanente entre a pretensão acusatória do Estado e os direitos individuais dos acusados, obviamente que a presunção de inocência deve se sobrepor, visto que serve como um filtro antes que os direitos dos acusados sejam retirados. Ao passo que um processo penal sem a presunção de inocência seria inconcebível no estágio atual do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a instrumentalidade do processo penal passa pelo respeito as garantias constitucionalmente previstas e a sua máxima eficácia, posto que o processo penal é o termómetro da democracia de um país, devendo ser livre do autoritarismo e arbitrariedade perpetrados por julgadores que dizem agir em nome da Constituição, no qual devem proferir um provimento final devidamente fundamentado,¹⁴⁹ sob pena de nulidade do processo.

¹⁴⁹ A Emenda Constitucional nº 45, trouxe uma significativa reforma no judiciário brasileiro, alterando vários dispositivos da Constituição, dentre eles o inciso IX, do art. 93, passando a dispor que “todos os julgamentos dos

3 DA PROVA NO PROCESSO PENAL, EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA E VERDADE

O conceito de prova, nas palavras de Capez (2022, p. 708):

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

No mesmo sentido, de acordo com Marcão (2016) conclui-se que prova são informações necessárias e pertinentes na fase de instrução que visam convencer o julgador acerca do crime e suas circunstâncias, para que só então possa tomar uma decisão fundamentada, haja vista que deve ele proferir uma sentença, seja condenatória, seja absolutória.

Em outras palavras, prova é todo meio hábil e admitido por lei¹⁵⁰ a comprovar aquilo que a parte – entenda parte aqui como a acusação, tendo em vista que no processo penal o ônus da prova é do Ministério Público em razão da sua pretensão acusatória, conforme visto anteriormente – alega como sendo verdade.

No que tange a classificação das provas, Bonfim (2019, p. 793-794) didaticamente leciona que:

Quanto ao objeto, pode ser direta ou indireta. A primeira demonstra o fato de forma imediata (ex.: o flagrante, a confissão, o corpo de delito); a segunda, ao contrário, afirma um fato do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar (ex.: os indícios, presunções e suspeitas). Quanto ao sujeito ou causa, poderá ser real, se surgir de coisa ou objeto (ex.: aquela extraída dos vestígios deixados pelo crime); ou pessoal, quando emanar da manifestação consciente do ser humano (ex.: a testemunha que narra os fatos a que assistiu; o laudo assinado por dois peritos). Quanto à forma, são divididas em: testemunhal, documental e material. A prova testemunhal é aquela feita por afirmação pessoal. Documental, ao

órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...). Já no Código de Processo Penal, essa disposição encontrasse prevista no art. 564, inciso V, ao prescrever que “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) em decorrência de decisão carente de fundamentação”.

¹⁵⁰ O art. 5º, LVI, da Constituição da República dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

contrário, é aquela feita por prova escrita ou gravada. Por fim, a prova material é a que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento para o convencimento do juiz sobre o fato probando.

Sobre o objeto da prova, Capez (2022, p. 709) ainda preleciona:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

São muitos os meios de prova pelo qual o juiz pode ter acesso e formar sua convicção para só então dizer se o acusado cometeu ou não o crime, de modo que não pode haver dúvidas, porque nesse caso não estaria cometendo outra coisa senão injustiça.

Ainda de acordo com Beccaria (2001), as provas são divididas em perfeitas e imperfeitas, as primeiras são aquelas que por si só já demonstram que o acusado não é inocente, de modo que apenas uma basta para a condenação, já as segundas por não serem capazes de sozinhas demonstrarem a culpa do acusado exigem que sejam numerosas para valerem como perfeitas.

Feitas essas considerações, agora passaremos a analisar a própria ideia de prova, com seus aspectos formais, para que só então se possa chegar à valoração desta sem que se retire as características da instrumentalidade do processo, isto é, as garantias constitucionais.

3.1 Epistemologia judiciária e verdade no processo penal

Sabe-se que os magistrados têm o livre convencimento na valoração da prova, e isto se dá devido a discricionariedade que a lei lhes dá, no entanto, é necessário que façam bom uso desse livre convencimento, sob pena de transformar-se em um ato verdadeiramente arbitrário. Logo, é indispensável que haja o aprimoramento da atividade cognitiva sem, contudo, retirar essa discricionariedade, eis que surge a epistemologia.

De acordo com Badaró (2019), há divergências na teoria do conhecimento, isto porque de um lado os céticos negam a possibilidade de se chegar a um conhecimento verdadeiro, o que já denota por si só não ter utilidade alguma para o processo, já que é por meio da prova que o magistrado toma conhecimento dos fatos, por outro lado, aceitar-se uma proposição como verdadeira, como se fosse um dogma também não é admissível. Assim, para o autor é possível o conhecimento da verdade, porém, *ad cautelam* é preciso que haja reflexões críticas acerca dos seus pressupostos para saber se realmente condiz com a realidade alicerçado no conhecimento humano.

Destarte, deve haver congruência entre conhecimento e realidade, como critério adotado pelo homem médio, para saber se tal proposição é verdadeira ou falsa, tendo em foco que há a imputação de um crime, como enunciado fático, enunciado este que é objeto do processo. No campo processual o critério adotado é o de verdade. Nesse sentido, "é necessário que haja uma relação de correspondência entre uma entidade linguística (o enunciado que contém o fato a ser provado) e uma entidade extralinguística (o fato real objeto do julgamento)" (BADARÓ, 2019, p. 88).

O autor ainda aponta que existem outras teorias sobre a verdade, e que por não se basearem em correspondentes empíricos, não são epistemológicas, são assim, teorias normativas, justamente por isso não devem ser aplicadas no processo, são elas: a que equipara a verdade à coerência da narrativa, e a que considera a verdade como consenso.

Um adendo, em razão da profundidade e problemática acerca do tema sobre as teorias da verdade, optou-se por não abordar referido tema, vez que demandaria um esforço teórico específico, o que não comportaria no presente artigo.

Em suma, para um julgamento correto, é mister que no processo deve haver a transformação do fato que está sendo julgado no enunciado, isto é, no fato que efetivamente ocorreu, e aceitar-se a teoria da verdade como sendo legítima a formar a convicção do julgador parece ser a decisão mais acertada.

4 STANDARDS PROBATÓRIOS E A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual estão regulados no Título VI, na Parte Especial do Código Penal, título este que foi alterado significativamente pela lei nº 12.015 de 7 de agosto 2009, o qual tinha como redação anterior crimes contra os costumes (BRASIL, 2009).

Essa mudança foi crucial, tendo em vista que o Código Penal brasileiro foi editado em 1941, sob a égide da ditadura de Getúlio Vargas, época em que o modo como as pessoas viviam era diferente, de modo que no contexto atual da sociedade, a Lei Penal já não estava mais conseguindo proteger o bem jurídico, isto é, a dignidade sexual.

Nesse sentido, Greco (2017, p. 61) preleciona:

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Em vez de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças.

Praticado um fato supostamente delituoso, abre-se a fase investigatória por meio do inquérito policial, no qual a polícia investigativa vai averiguar por meio do depoimento da vítima, testemunhas, do acusado, bem como proceder a realização do exame de corpo de delito se o crime comportar, ato contínuo o Ministério Público com base nessas informações oferecerá denúncia realizando assim sua pretensão acusatória, aceita a denúncia pelo juiz, este determinará a citação do acusado para defender-se, eis que se inicia a fase processual, assim como também a fase instrutória, onde o julgador vai analisar se preenchidas estão os elementos de autoria e materialidade, para ao final prolatar sua sentença.

Entretanto, até o juiz proferir uma decisão final, um longo caminho deve ser percorrido, isto porque, tudo gira em torno das provas, é por meio delas que se demonstrará a autoria e materialidade, assim, é fundamental o exame de corpo de delito. A esse respeito Avena (2009 apud SPERANDIO, 2017) explica que referido exame:

Compreende-se a perícia destinada à comprovação da materialidade da infração que deixa vestígio [...] Tal conceituação decorre da exegese do art. 158 do Código de Processo Penal, dispondo que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O grande problema é a abrangência do significado de “atos libidinosos” no crime de estupro de vulnerável trazido pela lei nº 12.015/2009, na medida em que tais atos não deixam vestígios, nem hematomas, o que torna difícil a realização do exame de corpo de delito, pois o crime pode ser consumado sem que haja conjunção carnal.

Por outro lado, se não há como ser feita a perícia, também dificilmente haverá testemunha, uma vez que crimes dessa natureza são praticados às escuras, na clandestinidade, sem a presença de um terceiro, o que dificulta ainda mais a instrução probatória.

Dadas essas noções introdutórias chega-se a seguinte indagação: a jurisprudência tem dado relevância especial à palavra da vítima nos delitos sexuais, entretanto, tal entendimento vai de acordo com as garantias do réu ou se trata de uma farsa onde o processo é um meio onde se pratica injustiças? É justamente sobre essa indagação que versa o objeto deste trabalho, conforme se verá abaixo.

4.1 O depoimento pessoal da vítima e suas falhas no campo da epistemologia

O depoimento pessoal da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, é de suma importância, haja vista que a depender do crime praticado pelo infrator, a palavra da vítima pode ser o único meio de prova, como o ato libidinoso no estupro de vulnerável, que prescinde a conjunção carnal. Entretanto, casos há em que a suposta vítima tenta distorcer os fatos com o intuito de prejudicar, difamar a imagem de alguém. Um caso que repercutiu mundialmente, foi o do jogador de futebol Neymar que foi acusado de estupro pela modelo Najila Trindade, depois que os dois tiveram um encontro em um hotel em Paris, na França (EL PAÍS, 2019).

A notícia refletiu de forma negativa na vida do esportista, já que o afastou de competições, além do público que ficou dividido com a notícia, mas, felizmente, com o desenrolar da fase investigatória a polícia concluiu pelo arquivamento do inquérito policial ante a falta de provas, ao passo que a modelo foi indiciada por denúncia caluniosa, fraude processual e extorsão (EL PAÍS, 2019).

No entanto, nem sempre o acusado consegue se esquivar da persecução criminal, como no HC 177239 AgR/MG, em que o Supremo Tribunal Federal – STF, só então no dia 05 de outubro de 2021, inocentou um homem condenado a 09 anos e 04 meses de reclusão, por estupro de vulnerável praticado em 2012, ocasião em que a vítima tinha apenas 12 anos de idade, o acusado prestava serviços na propriedade rural do pai da suposta vítima.

Tudo mudou quando a jovem, já com 21 anos de idade descobriu que os seus relatos em sede de depoimento foram suficientes para a condenação do acusado. De acordo com ela, as falsas afirmações foram frutos de coerção advinda de seu pai, com o objetivo de afastar boatos que circulavam na cidade sobre sua honra, o qual exigiu que ela afirmasse que fora vítima de estupro pelo empregado. Ela ainda afirmou que na época dos fatos, namorava um garoto de sua escola, que tinha a mesma idade que ela, sendo que ambos praticavam relação sexual, o que de fato foi constatado por laudo médico, mas escondia esse fato dos pais temendo represália em relação ao garoto por parte do pai e também pelos comentários de colegas de escola que poderia gerar constrangimento.

O fato é que, o advogado do condenado de posse dessas informações, ajuizou ação de revisão criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, argumentando a descoberta de

prova nova para demonstrar a sua inocência, contudo o referido tribunal extinguiu o processo em decisão liminar, alegando que o pedido revisional não se enquadrava nas hipóteses legais. A defesa, todavia, não desistiu mesmo não obtendo êxito no pedido até que o caso foi parar no STF, em que resultou na absolvição do réu.

A tese que se analisa aqui é o valor especial que é dado a palavra da vítima diante dos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista que dificilmente há outro meio de prova que não o relato da suposta vítima. Assim, é possível perceber esse raciocínio em diversos julgados, como exemplo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no REsp n. 1.774.080/RS (BRASIL, 2019), vejamos:

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes contra a liberdade sexual - praticados, na maioria das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavra da vítima adquire relevo diferenciado.

Idêntico argumento pode ser encontrado em outros julgados, como no AgRg no HC 655153/SP (BRASIL, 2021), segundo a decisão do relator:

nos crimes contra a dignidade sexual, em virtude das dificuldades relacionadas à obtenção de provas, os quais, o mais das vezes, são praticados sem testemunhas e não deixam vestígios físicos, a palavra da vítima, quando consentânea com os demais elementos dos autos, assume especial valor probante.

Cabe ressaltar que conforme já visto anteriormente a instrumentalidade do processo penal se traduz em um processo que respeite todas as garantias estabelecidas constitucionalmente e mais que isso, que sejam efetivadas no plano prático, para que só então a atuação do Estado na *persecutio criminis* seja legítima.

Com a devida *vênia* ao mérito dos casos aqui trazidos, uma vez que não é isso que se quer discutir no presente artigo, mas valorar certos tipos de prova conforme a natureza do crime não nos parece coerente com um processo justo e imparcial, na medida em que supervalorizar uma prova em detrimento da ausência de outras, mostra-se de longe um claro objetivo: condenar a qualquer custo. Nesse diapasão, Lopes Junior e Rosa esclarecem que "constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros".

Com efeito, afirmar que “a palavra da vítima (...) assume especial valor probante” se revelaria inadequada ao processo por não se apoiar em um referencial empírico, uma realidade prática, perceptível pela sensibilidade humana, já que o processo se baseia na teoria epistemológica e não na teoria normativa da verdade. Assim, uma narrativa coerente nem sempre será verdadeira, o exemplo do caso julgado no HC 177239 AgR/MG, demonstrou a falha na aplicação dessa teoria.

Outrossim, deve-se observar que a expressão “consentânea com os demais elementos dos autos” se de um lado demonstra ceticismo por parte do judiciário, forma essa que deve ser dada as provas que chegam até o crivo do julgador, por outro, em uma análise mais acurada, pode chegar à conclusão que acarretaria em uma inversão do ônus da prova para o acusado, quando se sabe que esse encargo de trazer provas aos autos é da acusação.

Por fim, decisão ainda mais radical foi proferida por aquela Corte quando assentou-se no HC n. 213.045/SP, que: “esta Corte de Justiça possui entendimento no sentido de que a ausência de exame de corpo de delito nos crimes contra a dignidade sexual não enseja nulidade do processo, se existirem nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade e autoria do delito” (BRASIL, 2011).

Ora, se o próprio art, 564, inciso III, alínea “b” do Código de Processo Penal traz a hipótese de nulidade em caso de ausência de exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, trazendo a exceção quando possa ser suprido por testemunha, conforme dispõe o art. 167, da mesma lei, o que não é o caso desses delitos, pois conforme já explicitado, é um delito praticado na clandestinidade sem a presença de testemunhas, assim, estar-se-ia manifestamente diante de uma violação do princípio da presunção de inocência, posto que mais uma vez confirma-se a ideia da condenação a qualquer custo.

Deve-se ressaltar que como já tratado em capítulo anterior, o objetivo da presunção de inocência é assegurar a não-culpabilidade do réu até a eventual condenação, nesse passo as provas trazidas ao processo devem ser contundentes no sentido de demonstrar com a certeza que se exige a autoria e materialidade do delito que imputa ao réu, de modo que não podem deixar dúvidas. Entretanto, a expressão usada acima quando afirma que deve a palavra da vítima estar em consonância com as demais provas, acaba levando o encargo probatório para o réu que, se não trouxer provas que contradigam com a palavra da vítima, sua condenação é certa, visto que tem esta uma valoração especial e, diga-se que a acusação não trará provas que contradiga a si mesma.

As falhas epistemológicas demonstradas aqui ante da valoração da palavra da suposta vítima, não objetivam defender a impunidade, muito pelo contrário, é preciso que o poder punitivo do Estado atinja sua finalidade respeitando as garantias constitucionais do réu, e isso é possível a partir da produção e interpretação das provas de acordo com

essas garantias, sem que possam ser elididas, diante das peculiaridades dos delitos objeto desse estudo.

O que se espera na verdade, é um processo penal justo, que condene o culpado e absolva o inocente, para tanto, até se chegar a essa finalidade um longo e árduo caminho deve ser seguido, de modo que respeite as formas de cada ato do processo. Nesse sentido Fernando Capez (2022, p.86) didaticamente argumenta que "no processo penal, deve-se buscar reconstruir historicamente um fato e todas as suas circunstâncias, com o objetivo de que a instrução probatória se aproxime o máximo possível da forma como esse fato ocorreu."

4.2 As falsas memórias

Se se pensa um processo penal como forma de revisitação do passado na reconstrução do fato delituoso que é imputado ao réu, certamente a memória é o elemento fundamental, pois só assim o juiz formará sua convicção para que possa proferir decisão fundamentada. Nesse passo é importante compreender o conceito de memória.

Izquierdo (2011, p.13) explica que:

"Memória" significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se "grava" aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido.

Feitas essas considerações, cumpre ressaltar que a parte que nos interessa é a da recordação, mais precisamente aquela atinente as circunstâncias em que ocorreu o delito, posto que é delas que o processo penal deve se servir, como dito alhures. Assim, é de se supor que tanto os relatos da vítima quanto os da testemunha (quando houver) são imprescindíveis.

Entretanto, uma adoção da teoria da verdade como consenso, que leva em consideração a crença da vítima, poderia resultar em uma condenação errônea, visto que é incorreta não só por ser normativa, bem como, por não ser epistêmica, ou seja, não calcada em algo real, perceptível pela sensibilidade humana, isso porque quem assegurará que a crença da vítima se pauta pela verdade? É por essas razões que o Direito deve se valer dos avanços das outras ciências, mormente quanto as técnicas investigativas, posto que, em pese o magistrado tenha livre convencimento para decidir, este não deve ficar adstrito exclusivamente ao campo jurídico (HERDY; MATIDA; NARDELLI, 2020).

A forma de abordagem na investigação que apura a prática de crimes sexuais com ausência de vestígios, como por exemplo, com perguntas indutivas, podem ser determinantes para a produção de falsas memórias na vítima, através da sugestibilidade, assim, as falsas memórias “podem ser provocadas a partir da sugestão de informações falsas que são apresentadas aos sujeitos – deliberadamente ou não – como fazendo parte da experiência real vivenciada” (WELTER; FEIX; STEIN, 2010, p. 167).

Insta salientar que nas falsas memórias o indivíduo não age de má-fé, já que acredita fielmente que o fato mencionado em seu relato realmente aconteceu. Contudo, não se pode olvidar que nem sempre lembrar uma maior quantidade de informações emocionais significará confiabilidade e precisão (WELTER; FEIX; STEIN, 2010). Assim, atribuir valoração especial à palavra da vítima porque sua fala é admitida como consenso, não nos parece a solução mais viável ao caso, que como visto pode cercear a liberdade de alguém de forma injusta.

Desta feita, uma decisão que se assenta estritamente no campo jurídico, sem contudo, apoiar-se no conhecimento das outras ciências, e que leva em consideração uma teoria que não se baseia em um referencial empírico, não está respeitando as garantias do acusado, e portanto, agindo em flagrante ilegalidade

4.3 *Standards* probatórios no processo penal

Promulgada a Constituição da República em 1988, iniciou-se a redemocratização, uma vez que o país saía de uma ditadura militar e ao mesmo tempo houve a volta do restabelecimento dos direitos e garantias fundamentais, só que dessa vez mais amplo, direitos estes que protegem o cidadão das garras do Estado. Um exemplo claro disso foi o que a Lei Fundamental estabeleceu em seu art. 93, inciso IX, em que toda decisão do Poder Judiciário será fundamentada, sob pena de nulidade. Com isso, verifica-se o claro intuito de evitar decisões sem um fundamento legal, ou seja, arbitrarias, como as perseguições ocorridas naquela época, assim, tornar obrigatória a fundamentação judicial possibilita que cidadãos possam tomar conhecimento do motivo pelo qual foram condenados.

Contudo, atualmente com a valoração especial de certas provas em detrimento de outras, apenas a fundamentação, não é mais adequada necessitando assim de critérios objetivos que sejam coerentes com a finalidade do processo, ou seja, que respeitem as garantias do acusado.

Logo, surgem os *standards* probatórios, que representam padrões mínimos que devem interferir na atividade cognitiva do juiz quanto à formação de convicção e valoração das provas. Nesse sentido, Lopes Jr. conceitua *standards* como sendo “os critérios para

aferir a suficiência probatória, o "quanto" de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória".

Originário do direito anglo-saxão nos países que adotam o sistema da *common law*, ainda é um tema novo no Brasil, que aos poucos vem sendo incorporado ao nosso ordenamento, especialmente nas decisões judiciais, visto que como exposto pelo autor acima está ligada ao acervo probatório.

Tratando sobre os padrões probatórios, Badaró (2019, p. 242) esclarece que:

Nos tribunais norte-americanos é comum o emprego de, pelo menos, três "*standards* de prova" definidos a partir de parâmetros jurisprudenciais: (i) simples "preponderância de provas" (*preponderance evidence*), (ii) "prova clara e convincente" (*clear and convincing evidence*), (iii) e prova "além da dúvida razoável" (*beyond a reasonable doubt*). A preponderância de provas, também conhecida como "mais provável que não", significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido. A "prova clara e convincente" pode ser identificada como um standard probatório intermediário, em que se exige uma probabilidade mais elevada ou reforçada, não bastando ser mais provável do que não. Finalmente, a "prova "além da dúvida razoável", do ponto de vista comparativo, pode ser considerada como sendo uma probabilidade elevadíssima de que um conhecimento seja verdadeiro.

Cumpre-nos ressaltar que a análise detalhada recairá sobre o *standard* "além da dúvida razoável", posto que seu grau é elevadíssimo (e por isso mais indicado ao processo penal) e que ademais os dois primeiros por exigirem um grau menor de provas são utilizados no âmbito cível e administrativo.

O uso de *standards* (na sentença penal) se faz necessário posto que atua como um controle epistêmico, na medida em que afasta o decisionismo do juiz na sua decisão que a profere de acordo com sua livre convicção e assim estar-se-ia afastado o autoritarismo e principalmente o erro judiciário, ou seja, sai de um critério subjetivo para um objetivo.

Contudo, engana-se quem acredita que a adoção de tal critério leva em consideração a variação da gravidade do delito, isto é, que crimes menos graves necessitam de menos provas do que os mais graves, destarte, pensar dessa forma estar-se-ia na verdade incorrendo em erro crasso. Nesse diapasão, Lopes Jr. (2019) afirma que:

Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, às "testemunhas de ouvir dizer" que nada viram, mas ouvira... Isso não rompe com o circularidade probatória da "palavra da vítima", e, em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Isso é um rebaixamento não justificado e não autorizado do *standard* probatório.

A adoção do *standard* "além da dúvida razoável" leva em consideração o tipo de decisão que será proferida e não a natureza da infração penal praticada, assim, na fase investigativa o Código de Processo Penal, no § 3º do art. 5º, determina que qualquer pessoa que tiver conhecimento da existência de infração penal, comunique a autoridade policial, para se for o caso, que esta proceda a instauração de inquérito policial (BRASIL, 1941). O que é completamente diferente na fase da sentença, visto que o peso probatório deve ser maior, com efeito, "é perfeitamente sustentável um rebaixamento do *standard* probatório conforme a fase procedimental" (LOPES JR.; ROSA, 2019).

O legislador constituinte ao estabelecer a presunção de inocência enquanto direito e garantia fundamental, optou por inseri-lo num rol de direitos mínimos que o Estado deve resguardar e respeitar face à liberdade individual dos cidadãos, dessa forma, resta evidente que a adoção do *standard* "além da dúvida razoável" se mostra mais razoável e coerente com as garantias do indivíduo, de modo somente preenchido estaria legitimada a decisão condenatória e, se por acaso restar uma dúvida sobre o caso, deve-se resolver *in dubio pro reo*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade a análise da relevância dada a palavra da vítima nos delitos contra a dignidade sexual em contraponto a presunção de inocência do réu, especialmente na sua mitigação em face das teorias adotada pelo judiciário brasileiro.

Em um primeiro momento buscou-se analisar a instrumentalidade do processo penal, no qual restou configurado, que a problemática reside justamente na sua não aplicabilidade prática, especialmente no desrespeito a presunção de inocência.

Em seguida analisou-se o conceito e valoração de provas e a epistemologia judiciária, no que tange às teorias referentes à verdade, não foram abordadas conforme justificativa já mencionada, bem como demonstrando a importância da correspondência entre a entidade extralinguística dos fatos, com a entidade linguística do processo.

Ato contínuo, demonstrou-se a problemática acerca da produção de provas nos delitos contra a dignidade sexual, mormente pela ausência tanto de vestígios quanto de prova testemunhal. Assim, chegou-se no objeto desse estudo: analisar em que medida é possível à luz da presunção de inocência se discutir a condenação com base apenas na palavra da vítima, em razão da adoção por parte da jurisprudência da valoração especial da palavra da vítima em crimes dessa natureza.

Desse modo, partindo-se da análise dos julgados comentados verificou-se a preferência por parte do judiciário brasileiro, pela valoração especial da palavra da vítima mesmo que sem exame que comprove a materialidade do delito, o que acaba invertendo o ônus probatório para o réu. Constata-se ainda a não relevância de incidentes que podem contaminar o processo, como as falsas memórias.

Diante disso, constata-se a adoção da jurisprudência brasileira de teoria que em nada é compatível com as garantias do réu, posto que no processo penal uma teoria que não se baseia em um referencial empírico, o revela que é inadequada, bem como a adoção do *standard* probatório "além da dúvida razoável" mostra-se como o mais adequado ao processo penal, por ser o mais elevado entre os outros e por afastar o decisionismo do juiz, isto é, seu subjetivismo, garantindo que haja compatibilidade e que o processo atinja sua finalidade.

Em suma, devem os julgadores adotar o criticismo sobre o relevante valor especial que é dado à palavra da vítima, para que as garantias do réu não sejam desrespeitadas e nem haja desvirtuação do ônus da prova, e além disso que inocentes não sejam condenados, como já ocorreu.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 2001. 120p.

BONFIM, E. M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 nov. 2022.

____. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília: Senado Federal, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2. Acesso em: 22 nov. 2022.

____. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1774080 / RS**. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ANTERIOR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802758757&dt_publicacao=15/02/2019. Acesso em: 28 nov. 2022.

____. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 655153/SP**. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AUSÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL VALOR PROBANTE. DOSIMETRIA. REVISÃO. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DA LEI 13.718/2018. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Relator: Min. Jesuíno Rissato. 17 de agosto de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100910890&dt_publicacao=24/08/2021. Acesso em: 28 nov. 2022.

____. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Habeas Corpus nº 213045/SP**. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. Relator: Min. Gilson Dipp. 13 de dezembro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101618988&dt_publicacao=19/12/2011. Acesso em: 28 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 177.239/MG**. EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. HABEAS CORPUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RETRATAÇÃO JUDICIAL PELA VÍTIMA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA UTILIZADOS PELO ÓRGÃO JULGADOR PARA FUNDAMENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. IMPORTÂNCIA PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. FALSAS MEMÓRIAS. DEPOIMENTO ESPECIAL DAS CRIANÇAS VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE CRIMES SEXUAIS. AUSÊNCIA DE PROVA QUE CORROBORE O DEPOIMENTO DA VÍTIMA. FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. Relator: Min. Nunes Marques. 05 de outubro de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=fals e&sinon=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10 &queryStrque=estupro%20de%20vulner%C3%A1vel%20e%20a%20palavra%20da%20v%C3%ADtima&sort= score&sortBy=desc. Acesso em: 04 set. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. **Ambafrance**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 8 nov. 2022.

DELMANTO JÚNIOR, R. Processo Penal, Constituição e Tratados. In: **Liberdade e Prisão no Processo Penal**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: por Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional. In: **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MATIDA, J. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. **Academia**, [S.L], v. 2, p.7-9, 2019. Elas no front. Disponível em: https://www.academia.edu/40049514/Matida_2019_O_que_deve_significar_o_especial_valor_probpr%C3%B3rio_da_palavra_da_v%C3%ADtima_nos_crimes_de_g%C3%AAnero?fbclid=IwAR0jUjUPaxq4LOc52YaLkrdRhuZsK0aFHH6ASKFcwdHU4Ih3zahkLa_zRXQ. Acesso em: 14 set. 2022.

NAJILA Trindade é indiciada por denúncia caluniosa de estupro contra Neymar. **EL PAÍS**, São Paulo, 10 set. 2019. Esportes. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/10/deportes/1568138277_598190.html. Acesso em: 4 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 8 nov. 2022.

RABELO, G. A questão metodológica: o garantismo penal entre filosofia política e positivismo jurídico. *In*: RABELO, G. **Garantias e regras interpretativas: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. f. 28-29.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5052, 1 mai. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56981>. Acesso em: 26 nov. 2022.

WELTER, C. L. W.; FEIX, L. da F. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, L. M. & cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E SUJEITOS PASSIVOS

SIMONE DA SILVA FERREIRA:
Bacharelanda em Direito pela Universidade
de Gurupi – UnirG.

MAYDÊ BORGES BEANI CARDOSO CARDOSO¹⁵¹

(orientadora)

RESUMO: As Contribuições Previdenciárias, denominada Contribuição para Custeio da Seguridade Social são uma espécie de contribuição social prevista na Constituição Federal de 1988 e trata-se de um tipo de tributo cobrado dos cidadãos brasileiros. A cobrança de contribuições previdenciárias tem a finalidade de custear e oferecer benefícios gratuitos aqueles que necessitarem da previdência social. O Estado objetiva, portanto, obter meios de oferecer a população o acesso a determinados benefícios previdenciários aos necessitados que demonstrem possuir todos os requisitos exigidos pela lei. Essa contribuição ainda é motivo de discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e os sujeitos passivos, tema que será discutido pormenorizadamente no decorrer do trabalho acadêmico. Desta maneira, serão estudados os aspectos principais das contribuições previdenciárias, sua conceituação, natureza jurídica, sujeito passivo, princípios fundamentais e a sua influência e aplicação nos dias de hoje. Para construção do trabalho científico, a metodologia aplicada foi a da utilização do método dedutivo de pesquisa, produzido por meio de materiais essencialmente teóricos, como livros, produções científicas e exposição de alguns arestos voltados à discussão sobre o tema. Após finalizada a leitura do trabalho, será possível conhecer as principais nuances das contribuições previdenciárias e seu papel no sistema assistencialista brasileiro, de modo que será possível conhecer e solucionar os questionamentos acerca dos sujeitos passivos e natureza jurídica desse tributo que tem papel primordial nos dias de hoje.

Palavras-chave: Contribuições Previdenciárias. Natureza jurídica. Sujeito Passivo.

ABSTRACT: The Social Security Contributions are a kind of social contribution provided for in the Federal Constitution of 1988 and it is a type of tax levied on Brazilian citizens. The collection of social security contributions is intended to fund and offer free benefits those who need social security. The State therefore aims to obtain means to offer the population access to certain social security benefits to those in need who demonstrate that they have all the requirements required by law. This contribution is still a matter of doctrinal

151 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

discussion about its legal nature and taxpayers, a subject that will be discussed in detail in the course of the academic work. In this way, the main aspects of social security contributions, their conceptualization, legal nature, taxpayer, fundamental principles and their influence and application will be studied. In order to construct the scientific work, the applied methodology was the use of the deductive method of research, produced by means of essentially theoretical materials, such as books, scientific productions and exhibition of some issues related to the topic. After reading the paper, it will be possible to know the main nuances of social security contributions and their role in the Brazilian welfare system, so that it will be possible to know and solve the questions about taxpayers and the legal nature of this tax, which plays a major role on the days of today.

Keywords: Social Security Contributions. Legal nature. Passive subject.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. A contribuição previdenciária na legislação brasileira. 4. Contribuição previdenciária: a contribuição para custeio da seguridade social. 4.1 Fonte de custeio. 5. Dos Princípios. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Visando garantir a todos os indivíduos o direito a uma condição digna de vida em sociedade foi que a Constituição Federal criou a Seguridade Social, que compreende a saúde, assistência e previdência social.

Atualmente, a previdência social tem sido uma importante ferramenta que tem ampliado o rol dos direitos fundamentais dos brasileiros, regulamentado entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Uma das ferramentas que garantem o direito à previdência social são as denominadas Contribuições para Custeio da Seguridade Social, também chamadas de contribuições previdenciárias, que são uma modalidade de contribuição social, que por sua vez é uma espécie de tributo previsto no artigo 149 da Constituição Federal de 1988.

Em poucas palavras, a contribuição social é um tributo cobrado com o fim de custear as despesas previdenciárias de benefícios oferecidos à população, oferecidos gratuitamente pelo Estado em forma de saúde, assistência e previdência social.

Por ser um assunto presente no dia a dia da população, e que é relativamente conhecido em sua essência, o artigo desenvolvido nas linhas seguintes abordou os seus principais aspectos jurídicos e sociais.

Dessa maneira, o artigo buscou enumerar e discorrer sobre os principais fundamentos das contribuições previdenciária e os princípios que dão embasamento a sua forma de cobrança, os quais serão estudados tendo como base a Carta Magna e demais

legislações que versarem sobre o tema discutido. Também definiu o conceito das contribuições previdenciária, assim como abordar sua natureza jurídica e os sujeitos passivos que tem o dever de contribuir para esse tributo.

Em seguida, analisou-se o papel das contribuições sociais no momento atual da sociedade brasileira, de modo que possibilite a discussão sobre qual a importância desse tributo e como ocorre a sua aplicação nos dias de hoje.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2022.

3. A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Contribuição previdenciária no atual ordenamento jurídico brasileiro está prevista inicialmente na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece, em seu artigo 149:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (BRASIL, 1988)

Mais adiante, ao disciplinar especificamente sobre a Seguridade Social, no Título VIII, Capítulo II, artigo 195 da Constituição, consta:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...). (BRASIL, 1988)

Foi através da Constituição Federal de 1988 que a chamada contribuição previdenciária foi prevista no ordenamento jurídico posto na atualidade. É ela quem estabelece as diretrizes básicas dessa forma de contribuição, mas não é a única previsão legal sobre o tema.

Em 24 de julho do ano de 1991 foi sancionada a Lei nº 8.212/91, a qual tratou de complementar os dispositivos constitucionais ao disciplinar os principais aspectos da Seguridade Social. São essas as normas que irão fundamentar todo o estudo acerca das contribuições previdenciárias.

4 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL

Por ser uma espécie de contribuição social, urge defini-la em primeiro lugar. Para Hugo de Brito Machado, a contribuição social é definida como sendo “uma espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social” (MACHADO, 2007).

Estas, conforme estabelece a Carta Magna, se dividem em contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, de intervenção no domínio econômico, e de seguridade social.

Dessa forma, as contribuições para custeio da seguridade social são as contribuições sociais cobradas com o fim específico de manter a seguridade social, o que é feito por meio da ajuda conjunta dos entes da federação e dos contribuintes, ou seja, da sociedade (BRASIL, 1988).

Em razão de suas especificidades, discutia-se muito sobre qual a sua natureza, uma vez que a sua feição de tributo não agradava a todos. Contudo, atualmente é pacífico o entendimento de que a sua natureza jurídica é tributária, principalmente em razão da previsão contida na própria Constituinte de 1988. Nesse sentido, afirma Leandro Paulsen (2007, p. 31):

[...] para evitar quaisquer riscos de entendimento diverso, o Constituinte tornou expressa e inequívoca a submissão das contribuições ao regime jurídico tributário, ao dizer da necessidade de observância, relativa às contribuições, da legalidade estrita (art. 151, I), da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III), da anterioridade nonagesimal em se tratando de contribuições de seguridade (art. 195, §6º), bem como das normas gerais de direito tributário (art. 146, III).

Diante da previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal também se posicionou de acordo com esse entendimento ao afirmar, no julgamento com repercussão geral do Recurso Extraordinário 556.664, que “as contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988” (STF, RE 556.664 e RE 559.882, 2008).

Conforme ensina o professor Machado (2007, p. 387), essa espécie de contribuição social “caracterizam-se pela correspondente finalidade. Não pela simples destinação do produto da respectiva arrecadação, mas pela finalidade de sua instituição, que induz a ideia de vinculação direta”.

Desta feita, a natureza jurídica das contribuições para custeio da seguridade social é tributária, motivo pelo qual se sujeita as disposições contidas no Código Tributário Nacional.

Após conhecidas as noções básicas dessa modalidade de contribuição social, é indispensável falar agora dos sujeitos que integram essa relação tributária. Figura como sujeito ativo dessa modalidade tributária a União, ente federativo com a capacidade ativa, já que possui o dever-poder de fiscalizar, cobrar e arrecadar essa modalidade de contribuição social.

Essa competência está sedimentada no artigo 33 da Lei da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91) o qual estabelece o seguinte:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (BRASIL, 1991)

Portanto, quem tem competência para cobrar a Contribuição para custeio da seguridade social é a União e não mais o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Quanto aos sujeitos passivos da contribuição, seu rol encontra-se previsto no próprio artigo 195 da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar que a seguridade será financiada direta e indiretamente pela sociedade, através de recursos orçamentários dos entes federados e de contribuições sociais.

Desta feita, são sujeitos passivos: o empregador; o trabalhador e toda a população, que, indiretamente, recolhe tributos cuja arrecadação pode ser posteriormente destinada ao custeio da Seguridade Social.

Os sujeitos passivos são os que dão origem às fontes de custeio da previdência, através de várias formas de recolhimento, melhor analisadas doravante.

4.1 FONTE CUSTEIO

As fontes de custeio da Seguridade Social, conforme previsto no art. 195 transcrito anteriormente, dividem-se diretas e indiretas. As primeiras são aquelas contribuições cobradas diretamente do empregado e do seu empregador. As indiretas, por sua vez, referem-se aos impostos pagos pela coletividade, cujos recursos são destinados ao sistema mantenedor da Previdência Social.

As fontes diretas estão expressamente disciplinadas nos incisos do art. 195, *in verbis*:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (BRASIL, 1988)

A outra espécie, qual seja a fonte indireta, consistente na participação da sociedade de forma indireta, podendo ser subdividida em duas formas principais: contribuição para o orçamento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, através do pagamento de impostos a estas pessoas políticas; e através da aquisição de produtos e/ou serviços ofertados por pessoas jurídicas e físicas por um preço final onde esteja incluída toda a

carga tributária devida, aqui compreendendo também as contribuições sociais. (LAMOUNIER, 2011)

Conforme visto, a contribuição dos entes federativos também é fundamental ao custeio da Previdência, ocorrendo de forma diferenciada, tal como se explica abaixo:

A União, a exemplo dos estados, Municípios e do Distrito Federal, também não participa do financiamento da seguridade mediante uma contribuição social específica, mas por meio de recursos adicionais do seu Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual. Tais recursos são alocados diretamente no Orçamento da Seguridade, autônomo com relação aos demais orçamentos elaborados na lei orçamentária anual. Abrange ele todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta federal que atuam na área da seguridade, conforme o disposto no art. 165, III, da CF.

Além dos valores previstos no orçamento da seguridade, a União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras oriundas do pagamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social. É importante delimitar o alcance desta responsabilidade: responde a União apenas quando os recursos são necessários para o pagamento dos benefícios de prestação continuada da previdência, ou seja, aqueles recebidos de forma periódica, tais como as aposentadorias e pensões. Com relação aos benefícios e serviços existentes nas áreas de saúde e assistência social não há responsabilidade equivalente (LAMOUNIER, 2011, p. 02).

Por ser o ente federativo de maior relevância, posto que abrange todo o território nacional, a União, gestora da Previdência Social, tem permissão legal (art. 18 da Lei nº. 8.212/91) para utilizar-se dos recursos advindos das contribuições das empresas para fins de pagamento dos encargos previdenciários de seus funcionários públicos vinculados ao Instituto Nacional da Previdência Social (INSS) e outros órgãos nacionais relacionados à seguridade, assegurando os recursos financeiros necessários à manutenção e custeio das despesas com saúde e assistência social, que também integram a seguridade.

Em conclusão: a União poderá utilizar-se somente das contribuições das empresas incidentes sobre a receita ou o faturamento e o lucro para o pagamento dos seus encargos previdenciários e das despesas de pessoal e de administração geral do INSS e demais entidades constantes do art. 18 da Lei 8.212. As demais contribuições sociais,

regra geral, têm aplicação vinculada aos benefícios e serviços do regime geral da previdência social.

Como hipóteses que excepcionam esta regra, podemos citar a contribuição sobre a receita dos concursos de prognósticos, que em parte é destinada ao Programa de Crédito Educativo; ou a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), que é utilizada também para o financiamento do seguro-desemprego (um benefício que não é custeado pela seguridade). (LAMOUNIER, 2011, p. 02)

Restando superadas as fontes de custeio da Previdência, bem como os sujeitos ativos e passivos que integram as relações denominadas contribuições previdenciárias, indispensável a análise dos princípios gerais do direito que fundamentam essas espécies tributárias.

5. DOS PRINCÍPIOS

A análise da contribuição previdenciária passa pelo seu alicerce jurídico e fontes que fundamentam a sua existência no ordenamento nacional, disciplinando também a forma como ocorrerão os recolhimentos e a sua administração por parte do ente federativo responsável pela sua gestão.

Os princípios são “preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar” (MENDES, 2015, p. 01).

Em se tratando das contribuições sociais, dentre os mais variados princípios que regem a Previdência Social como um todo, se destacam quatro deles: o da contrapartida; da retributividade estrita; do equilíbrio financeiro e o da procedência da fonte de custeio; sobre os quais passa-se a uma análise minuciosa.

No princípio da contrapartida, previsto expressamente no parágrafo 5º, do art. 195, está o princípio da contrapartida em relação aos benefícios ou serviços:

Art. 195, §5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL, 1988)

Há quem diga não se tratar especificamente de um princípio da Previdência, haja vista ser por muitos denominados uma regra constitucional, a Regra da Contrapartida, tal como leciona com maestria a advogada Ana Constância Bezerra Martins 2006, p. 01):

É um princípio previsto no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal que, porém, muitos dizem que, na realidade, não se trata de um princípio, mas sim de uma regra daí ser conhecido como Regra da Contrapartida; todavia, ele é sim um princípio, pois é uma pauta de valor, é um princípio que tem como valor a estabilidade financeiro-econômica da Seguridade Social. Ele informa que só se pode criar/estender benefício/serviço da Seguridade Social se houver a prévia fonte de custeio total, isto é, a Seguridade Social só deve conceder prestações dentro das suas possibilidades econômicas.

Melhor definição desse fundamento é dada por Viviane Coelho Carvalho de Viana (2010, p. 01):

Pressupondo que a natureza jurídica dessas contribuições previdenciárias seja uma espécie de tributo, vinculado a uma prestação do Estado, podemos concluir que, se há contribuição, esta, por sua vez, tem a sua correspondente prestação previdenciária. É o princípio da contraprestação.

Percebe-se que o princípio da contraprestação, em que pese não estar inserido no rol dos objetivos da previdência, contido no artigo 194 da Constituição, é elementar ao funcionamento desta, posto que é através deste que se conclui acerca da necessidade de contribuição e contraprestação aos segurados do INSS.

De acordo com o princípio da retributividade estrita, o pagamento de benefícios previdenciários depende de prévia contribuição financeira do segurado sobre essas verbas, não recaindo o pagamento sobre quantias não contabilizadas quando da contribuição do sujeito ativo.

Muito comum a discussão acerca de quais verbas seriam ou não consideradas a título de cálculo para fins de pagamento beneficiário, sendo comumente citado o Princípio da Retributividade Estrita nos julgados proferidos, tal como nos arestos abaixo transcritos:

REEXAME NECESSÁRIO - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA SOBRE A PARCELA DO TERÇO DE FÉRIAS, HORAS EXTRAS E ADICIONAIS - IMPOSSIBILIDADE - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE PREVIDENCIÁRIA. Não incide a contribuição previdenciária sobre o terço de férias constitucional, adicional de penosidade/insalubridade, horas extras e adicional noturno. A seguridade social deve ser mantida por toda a coletividade, o que

denota o caráter da repartição simples do fundo previdenciário. Com o advento da EC 20/98 a seguridade social ganhou um cunho retributivo, pelo qual o servidor deve receber proventos em congruência com suas contribuições. Sendo assim, a incidência de contribuição sobre referidas verbas somente será possível caso este terço constitucional passe a integrar a base de cálculo dos proventos, ou seja, expressamente determinado por lei específica, o que hoje não ocorre com a legislação que rege a espécie. (Processo: REEX 10145120269173001 MG; Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL; Publicação: 15/05/2014; Julgamento: 6 de Maio de 2014; Relator:Vanessa Verdolim Hudson Andrade)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA SOBRE AS HORAS EXTRAS TRABALHADAS - IMPOSSIBILIDADE - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE PREVIDENCIÁRIA. Não incide a contribuição previdenciária sobre o terço de férias constitucional, horas extras e adicional noturno de insalubridade. A seguridade social deve ser mantida por toda a coletividade, o que denota o caráter da repartição simples do fundo previdenciário. Com o advento da EC 20/98 a seguridade social ganhou um cunho retributivo, pelo qual o servidor deve receber proventos em congruência com suas contribuições. (Processo:AC 10024112283049001 MG; Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL; Publicação: 12/09/2013; Julgamento: 3 de Setembro de 2013; Relator> Vanessa Verdolim Hudson Andrade)

Baseado no princípio ora analisado, aplicado em conjunto com todos os demais fundamentos tratados nessa pesquisa, é que o pagamento dos benefícios previdenciários são calculados sobre o valor das contribuições ao longo de todo o período aquisitivo do direito à aposentadoria, de modo que, o valor sacado ao final do mês pelo aposentado ou beneficiário de qualquer outro quadro da Previdência receba apenas sobre o que recolheu, sob pena de se prejudicar os demais contribuintes, haja vista se tratar de um sistema coletivo, mantido por grande parte da população.

A alegada crise da Previdência Social atual muito pode ser atribuída à falta de planejamento quanto ao custeio dos benefícios previdenciários, sendo uma evidente afronta aos ditames do princípio do equilíbrio financeiro.

Com previsão constitucional também extraída do art. 195 da Carta Magna, Luiz Gushiken *et al* destaca que passou a representar o princípio basilar do novo modelo previdenciário brasileiro:

Os regimes previdenciários devem ser norteados por este princípio, significando, na prática, que o equilíbrio atuarial é alcançado quando as contribuições para o sistema proporcionem recursos suficientes para custear os benefícios futuros assegurados pelo regime. Para tanto, utilizam-se projeções futuras que levam em consideração uma série de hipóteses atuariais, tais como a expectativa de vida, entrada em invalidez, taxa de juros, taxa de rotatividade, taxa de crescimento salarial, dentre outros, incidentes sobre a população de segurados e seus correspondentes direitos previdenciários. Por sua vez, as alíquotas de contribuição - suficientes para a manutenção dos futuros benefícios do sistema - são resultantes da aplicação de metodologias de financiamento reguladas em lei e universalmente convencionadas. O conceito de equilíbrio financeiro está relacionado ao fluxo de caixa, em que as receitas arrecadadas sejam suficientes para cobertura de despesas (GUSHIKEN, 2012, p. 341).

Desta feita, para que Previdência se mantenha e consiga retribuir às contribuições feitas por seus segurados ao longo de suas vidas, é necessário que haja um equilíbrio entre as receitas e despesas, de modo a garantir a permanência de sua existência, nos moldes previstos na Constituição Federal.

Seguindo a mesma linha de pensamento dos anteriores, o princípio da precedência da fonte de custeio exige, para o pagamento de benefícios previdenciários de natureza retributiva, que haja o prévio recolhimento das contribuições.

Gabriela Koetz da Fonseca (2013, p. 02) justifica a existência do analisado princípio:

A norma é consagrada de forma a fortalecer a ideia de proteção do regime da Seguridade Social. Em outras palavras, ao lado do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, chama a atenção para o fato de que a Seguridade Social deve ser sustentável e impede, assim, a criação ou a majoração de novos benefícios ou serviços sem a indicação de sua fonte de financiamento.

A mesma estudiosa alerta para a necessidade de, sem desobedecer os princípios da Previdência Social relacionados à sua finalidade, se observar a precedência da fonte de custeio, sob pena de se condenar o Regime da Previdência Social:

Em tempos de ativismos judiciais e criação de benefícios previdenciários que estão longe de se enquadrarem no conceito de contingência, o dispositivo merece ter sua importância refletida,

especialmente porque não foi inserido na Carta Cidadã à toa. É preciso lembrar que a criação e majoração desarrazoada de benefícios já teve e tem suas consequências no Regime de Previdência, por exemplo, o que, aliado com a mudança da pirâmide demográfica (aumento da expectativa de vida e a estabilização da população economicamente ativa), poderá tornar o modelo atual de Seguridade Social inviável. É claro que, especialmente na realidade do Brasil, é preciso manter certos direitos que promovam a inserção social das camadas mais pobres. Também não se questiona a necessidade de se promover um Regime de Previdência forte com a garantia da universalidade de cobertura e do atendimento. O que se aponta, na verdade, é que todas essas garantias possuem um custo e que esse custo é suportado por toda a sociedade. Assim, é necessário que se pense as políticas públicas de Seguridade Social com responsabilidade (FONSECA, 2013, p.02).

Conclui-se que a implementação das fontes de custeio, analisadas anteriormente, com a finalidade de se manter o pagamento dos benefícios é indispensável à permanência da Previdência Social tal como se encontra, ante ao risco de, com o desequilíbrio econômico brasileiro, haja a supressão de direitos previdenciários alcançados plenamente com o advento da vigente Constituição Federal do Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de tornar efetiva a garantia da sociedade de ter acesso à seguridade social, e tendo em mente a consciência de que é necessária a participação contributiva da sociedade para custear as despesas oriundas da prestação desse serviço foi que a Constituição Federal de 1988 tratou de regulamentar esse instituto.

Prevista nos artigos 149 e 195 da Carta Magna, as contribuições para custeio da seguridade social é uma espécie de contribuição social, que nada mais é do que uma modalidade tributária em que tem uma finalidade já prevista na constituição federal.

Tendo como base as noções gerais sobre as contribuições sociais, as contribuições para custeio da seguridade social, ou contribuições previdenciárias, como é popularmente conhecida, é definida como sendo as contribuições cobradas dos contribuintes com o fim específico de custear as despesas da seguridade social.

Em que pese discussões doutrinárias sobre sua natureza jurídica, prevalece no ordenamento jurídico a obediência literal a Constituinte, de modo que, por ser as contribuições sociais uma espécie de tributo, dúvidas não restam de que as contribuições

previdenciárias também se enquadram nessa definição, de modo que estão inclusive submetidas às normas e limitações constantes no Código Tributário Nacional.

Figuram como sujeitos dessa relação tributária a União, no polo ativo, e no polo passivo está a sociedade, que contribui direta ou indiretamente no custeio da seguridade social.

É indispensável, portanto, a participação da sociedade, haja vista que é ela a grande beneficiária e mantenedora do sistema de seguridade social hoje sedimentado no ordenamento brasileiro.

A cobrança e regulamentação das contribuições para custeio da seguridade social são pautadas em princípios fundamentais da seguridade social, os quais merecem destaque os princípios da contrapartida, da retributividade restrita, do equilíbrio financeiro e da precedência da fonte de custeio.

Destarte, para que a União possa cobrar essa modalidade de contribuição social prevista na Carta de 1988, é indispensável a observância de todos esses elementos estudados ao decorrer do artigo científico, uma vez que são eles quem norteiam essa relação jurídica, que cumpre um papel fundamental na saúde de todo brasileiro, direito social previsto na Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Lei da Previdência. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 556.664 e RE 559.882**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-2008, Plenário, DJE de 14-11-2008, com repercussão geral.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG - Processo: REEX 10145120269173001 MG; Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª Câmara Cível; Publicação: 15/05/2014; Julgamento: 6 de Maio de 2014; Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG - Processo: AC 10024112283049001 MG; Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª Câmara Cível; Publicação: 12/09/2013; Julgamento: 3 de Setembro de 2013; Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FONSECA, Gabriela Koetz da. **Necessidade de prévia fonte de custeio para a criação e majoração das contribuições à seguridade social**. Conteúdo Jurídico, 30 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,necessidade-de-previa-fonte-de-custeio-para-a-criacao-e-majoracao-das-contribuicoes-a-seguridade-social,46003.html>>. Acesso em: 27 out. 2022.

GUSHIKEN, Luiz et. al. **Regime Próprio de Previdência dos Servidores: Como Implementar? Uma Visão Prática e Teórica**. Ministério da Previdência Social. Brasília, 2002 (Coleção Previdência Social: Série Estudos, v. 17).

MACHADO, Hugo de Brito, **Curso de Direito Tributário**. Editora Malheiros, 23ª edição. São Paulo, 2007.

MARTINS, Ana Constância Bezerra. **Princípios Constitucionais do Direito Previdenciário**. Via Jus, 18 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=389&idAreaSel=7&seeArt=yes>>. Acesso em: 25 out. 2022.

MENDES, Jerônimo. **Princípios, Valores e Virtudes**. Publicado em 13 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.jeronimomendes.com.br/principios-valores-e-virtudes/>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições Custeio da Seguridade Social**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007.

VIANA, Viviane Coelho de Carvalho. **Lei da Previdência Social troca princípios**. Consultor Jurídico, 27 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-27/lei-previdencia-social-troca-contraprestacao-solidariedade>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

O ARTIGO 648, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA REPERCUSSÃO NO HABEAS CORPUS

VANDERLEI MACHADO DA SILVA:
Especialista em direito público

RESUMO: O presente artigo apresenta a análise do cabimento do *habeas corpus* nos casos de ilegalidade da coação por ter ultrapassado o tempo de prisão fixado em lei, trazendo a divergência existente sobre o tema e os aspectos sociais e determinantes para o cabimento do *writ*. Divergem, principalmente, a doutrina e a jurisprudência, sobre a data fatal da contagem dos prazos processuais para fins de caracterização da coação ilegal que recai sobre o cerceamento da liberdade de locomoção sofrida pelo indivíduo. A matéria será abordada tanto no âmbito Constitucional como no Processual Penal.

Palavras-chave: *habeas corpus*, ilegalidade, coação, liberdade, prisão, prazos processuais

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa abordar a figura jurídica do *habeas corpus*, remédio constitucional de grande importância no mundo jurídico das civilizações moderna, cujo enfoque será sobre sua aplicabilidade nas diversas formas de prisões e nos procedimentos da instrução criminal. Assim, a abordagem seguirá seus aspectos gerais e, em seguida, o aspecto principal, qual seja o cabimento do *writ* nos casos de ilegalidade da coação por ter ultrapassado o tempo de prisão fixado em lei.

O *habeas corpus*, em sentido lato, significa uma garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo: a liberdade de ir, ficar e vir. Pode ser conceituado, mais especificamente, como remédio judicial de índole constitucional que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Dessa forma, os pontos que ainda se apresentam de maneira confusa na atual ordem jurídica pátria serão esclarecidos a partir da análise do referido *mandamus* dentro do sistema constitucional brasileiro; do critério utilizado na contagem dos prazos procedimentais e do cabimento do remédio heróico, por exemplo, nos casos em que o indiciado ou o réu tem seu direito de locomoção cerceado, mesmo quando já cumprido o prazo para a realização de um determinado ato processual.

A metodologia aplicada será a descritiva, uma vez que o objetivo está sempre ligado a conceitos e definições que serão abordados com base nas informações trazidas pelos estudiosos do Direito no Brasil.

Frise-se que a gana persecutória do Estado, por muitas vezes, não zela pelas diretrizes estabelecidas pela Carta Magna, impedindo que o indivíduo tenha a sua liberdade restabelecida. Por tal motivo, apresenta-se este trabalho com o intuito de contribuir com uma formação esclarecedora que zele pelo cumprimento das determinações legais, as quais não se podem ferir o direito de liberdade, pois a vida sem esta, evidencia a morte.

2. HABEAS CORPUS

2.1. Origem

A origem do *habeas corpus* é discutida por diversos autores. Alguns afirmam que o instituto tem sua origem remota no Direito Romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. A maioria dos autores, porém, tem apontado seu surgimento no Capítulo XXIX da Magna Carta que, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede. Entretanto, há outros que negam tal origem, asseverando que o instituto surgiu apenas em 1679, na Espanha, no reinado de Carlos II. O certo é que ele difundiu-se por todas as nações da Europa, chegando aos Estados Unidos da América do Norte e passando a ser conhecido na maioria dos países civilizados.

No Brasil, embora implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias, o *writ* surgiu expressamente no Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, dizendo o artigo 330: *“Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor”*¹⁵² Ainda durante o Império, várias leis modificaram o tratamento do *habeas corpus*. Depois, o instituto passou a constar em todas as Constituições Brasileiras, estando hoje previsto no artigo 5º, LXVIII, da Carta Magna de 1988 que define: *“Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém, sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”*¹⁵³, e também disciplinado nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal (CPP).

2.2. Conceito

A expressão *habeas corpus* indica a essência do instituto, pois, literalmente, significa *“tome o corpo”*, isto é, tome a pessoa presa e apresente ao juiz para julgamento do caso. Posteriormente, passou a ser entendida, também, como a própria *“ordem de*

¹⁵² RANGEL, Paulo. *Direito Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

¹⁵³ Ibidem

libertação”, significando, o remédio judicial constitucional que tutela a liberdade física do indivíduo de ir, ficar e vir, conforme preconiza o artigo 5º, LXVIII, citado anteriormente. Com ele se podem impugnar atos administrativos ou judiciários, inclusive a coisa julgada, e de particulares.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal positiva essa garantia constitucional no artigo 647: “*Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*”. E no artigo 648, inciso II, estabelece uma das causas de cabimento do habeas corpus: “*A coação considerar-se-á ilegal: quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei*”. 154

2.3. Natureza Jurídica

Apesar de nossa legislação incluir o *habeas corpus* entre os recursos, é discutida a sua natureza jurídica, sendo considerado por alguns como recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso de caráter especial ou misto, instituição *sui generes*, dentre outros.

A opinião mais aceita pelos especialistas é a de que se trata de uma verdadeira ação, tendo por objeto impedir que o indivíduo tenha a sua liberdade cerceada por um ato de ilegalidade ou abuso de poder advindo de uma autoridade.

No caso do *mandamus* ora em estudo, sob o enfoque da natureza jurídica de ação, entende-se que o pedido é autônomo e originário e se desenvolve em procedimento independente, ou seja, pode ser impetrado sem que exista qualquer processo.

Entretanto, sob o enfoque da natureza jurídica de recurso, mais precisamente o pedido de reexame de uma decisão, estará condicionado a existência de uma relação jurídica pré-constituída. Assim, a pretensão do paciente na correção do cerceamento violento a sua liberdade de locomoção, além de decorrer de um processo já existente, terá que se submeter a todos os procedimentos nele previsto.

Hoje, todavia, o entendimento dominante é no sentido de que o *habeas corpus* é uma verdadeira ação.

Pontes de Miranda, decididamente o classifica como ação, de conteúdo mandamental ou constitutivo¹⁵⁵. Já Fabrine Mirabete entende tratar-se de uma ação penal

154 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

155 MIRANDA, Pontes de. *História e prática do Hábeas Corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

popular constitucional, embora, por vezes, possa servir de recurso¹⁵⁶. Também sobre o tema, Paulo Rangel entende ser uma ação de impugnação cuja pretensão é a liberdade¹⁵⁷.

Filho-me à corrente que o define como ação, pois o recurso pressupõe decisão não transitada em julgado e o *habeas corpus* pode ser impetrado de decisão que já transitou em julgado, nos termos do que autoriza o artigo 648, VI e VII, do CPP.

Em segunda análise, entende-se não ser recurso porque este é interposto dentro da mesma relação jurídico-processual e o *habeas corpus* pode ser impetrado contra ato de autoridade pública ou, como veremos adiante, inclusive ato de particular.

Conclui-se que o *habeas corpus* instaura uma nova relação jurídica independentemente daquela que deu origem a sua impetração ou, até mesmo, sem que haja um processo em curso.

2.4. Espécies

O ordenamento jurídico processual penal prevê duas espécies de *habeas corpus*: o preventivo e o liberatório. A concessão do *writ* preventivo é dada quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo e, neste caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente (artigo 660, parágrafo 4º, CPP). Ou seja, que ele seja conduzido a salvo sem ser molestado.

Por outro lado, o *mandamus* liberatório é concedido quando a liberdade de locomoção já está sendo coarctada por violência ou coação e, nesse caso, concedendo a ordem o juiz ou o tribunal expedirá alvará de soltura em favor do paciente (artigo 660, parágrafo 1º, CPP).

A violência é a *vis absoluta*, que se traduz num constrangimento físico (prisão, cárcere privado ou seqüestro). A coação é um constrangimento moral, que se traduz em um fazer ou não fazer alguma coisa. Entretanto, para o Código, a coação é gênero do qual a violência e o constrangimento moral são espécies¹⁵⁸.

2.5. Objeto

O *habeas corpus* tem por objeto o direito sobre o qual recai a prestação jurisdicional, qual seja: a liberdade corpórea do indivíduo, seu direito de locomoção.

156 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

157 RANGEL, Paulo. *Direito Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

158 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Trata-se de um direito líquido e certo, específico, que somente pode ser amparado pelo mencionado *writ*. Qualquer outro direito líquido e certo que não a liberdade de locomoção será tutelado por mandado de segurança ou outro remédio (artigo 5º, LXIX, CRFB). O legislador constituinte concede os direitos e cria os mecanismos de proteção necessários à tutela dos mesmos. Assim, necessário se faz identificar o direito violado para que se possa utilizar o remédio jurídico adequado diante de sua violação.

2.6. Admissibilidade

Não se admite a impetração do *habeas corpus* durante o estado de sítio (artigos 138, caput, e 139, I e II, CRFB). A vedação se dirige apenas contra o mérito da decisão do executor da medida, podendo ser impetrado o remédio se a coação tiver emanado de autoridade incompetente, ou em desacordo com as formalidades legais.

No caso de transgressão disciplinar, não caberá a impetração do *writ*, se a punição for militar (artigo 142, parágrafo 2º, CRFB). Também não cabe o *mandamus* contra imposição da pena de exclusão de militar ou perda da patente ou de função pública (súmula 694 do Supremo Tribunal Federal (STF)).

É inadmissível *habeas corpus* se não há atentado contra a liberdade de locomoção. Assim, não cabe para eximir-se o paciente do pagamento de custas processuais (súmula 395, STF). Da mesma forma, não é cabível quando já extinta a pena privativa de liberdade (súmula 695, STF).

Inviável o uso do remédio heróico contra a dosimetria da pena de multa, uma vez que, diante da lei nº 9.268/96, não existe mais possibilidade de esta sanção ser convertida em privativa de liberdade, não tendo como ocorrer constrição à liberdade de locomoção¹⁵⁹. Esse entendimento foi recentemente sumulado pelo STF (súmula 693), cujo teor é o seguinte: “*Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada*”.

Não se admite a impetração visando exame aprofundado e valoração de provas¹⁶⁰.

¹⁵⁹ 1ª T., HC 73.744, rel. MIN. Sepúlveda Pertence, DJU, 28 out. 1996, p. 41030.

¹⁶⁰ RTJ, 58/523.

A súmula 692 do STF dispõe: “*Não se concede o habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito*”.

Por fim, os casos elencados acima se referem às hipóteses de não cabimento do *writ*, assim fazendo-se uma interpretação a contrário censo, se o caso concreto não encaixar-se no rol apresentado, significa que o *habeas corpus* será a medida adequada quando o assunto se referir à coação da liberdade do indivíduo determinada de forma ilegal¹⁶¹.

3. CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NOS CASOS DE ILEGALIDADE DA COAÇÃO POR TER ULTRAPASSADO O TEMPO DE PRISÃO FIXADO EM LEI

3.1. Prazos prescricional e sua relação com o *habeas corpus*

Discorrendo a respeito deste tema, entende o Ilustre Professor Ary Azevedo Franco¹⁶², que o legislador cuidou para que o tempo determinado em lei fosse respeitado impreterivelmente, tanto que deve sempre o juiz ou tribunal colocar o réu em liberdade logo que atinja, ainda que não ultimado o processo, o tempo máximo de prisão que o legislador houver disposto para a infração penal que lhe seja imputada ou o tempo que lhe haja sido imposta, embora não julgado o recurso.

O tempo de prisão, para efeito de coação ilegal, quando esta decorra de medida cautelar penal, como prisão em flagrante, preventiva ou temporária, apresenta um ângulo de incidência complexo.

Enquanto determinados entendimentos perfilham no sentido de que os prazos processuais devem ser somados para se saber se houve ou não excesso ensejador do constrangimento ilegal, outros consideram o predito excesso tendo em linha de consideração o prazo para a realização de cada ato processual.

Nesse particular, entendem Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁶³ e Hélio Tornaghi¹⁶⁴ que os prazos devem ser contados separadamente.

Assim, se o código exige que, estando preso o réu, o inquérito fique terminado em dez dias, e no undécimo deva o instrumento chegar ao juízo competente, é claro, não se

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo penal*. as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁶²FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

¹⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁶⁴ TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

conservará preso, respeitadas as exigências legais, o indiciado que, no duodécimo dia após o flagrante, não tiver passado à disposição do juiz processante.

A contagem dos prazos far-se-á, considerando o rito ordinário da Justiça Comum Estadual, da seguinte forma: 10 dias para o término do inquérito policial (art.10, CPP); 05 dias para o oferecimento da denúncia estando o réu preso (art.46, CPP); 03 dias para a defesa prévia (art.395, CPP); 20 dias para a inquirição das testemunhas de acusação (art.401, CPP); 02 dias para o requerimento de diligências (art.499, CPP); 10 dias para o despacho do requerimento (art.499 c/c art.800, parágrafo 3º, CPP); 06 dias para as alegações finais das partes (art.500, CPP); 05 dias para as diligências ex. ofício (art.800, inciso, II, CPP) e 20 dias para a prolação da sentença (art.500 c/c art.800, parágrafo 3º, CPP) 165.

Em sentido contrário, entendem Bento de Faria¹⁶⁶ e Alberto Silva Franco¹⁶⁷ que o prazo a ser considerado não é o fixado para qualquer ato ou diligência da instrução criminal, mas a soma de todos os que forem fixados para a realização dos atos prescritos para seu encerramento. Portanto, devem-se considerar os prazos em sua totalidade, ou seja, somados.

Assim, um acórdão do Tribunal de Minas Gerais fixou o prazo de 81 dias para o encerramento do processo de rito ordinário. Logo, por esta corrente jurisprudencial, somente cristalizado ficará o constrangimento ilegal, se o processo de rito ordinário, junto à primeira instância, não ficar concluído dentro desse prazo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, súmula 52, passou a admitir que inexistente constrangimento ilegal quando a instrução está encerrada. Tal entendimento, porém, não joga o acusado na possibilidade de permanecer no cárcere definitivamente. Não é porque os atos probatórios já estão completos que o juiz fica desobrigado do atendimento a quaisquer prazos processuais, enquanto que o acusado, presumido inocente, nada pode reclamar. Na verdade, o sentido da orientação jurisprudencial é de evitar a aplicação cega daquele prazo de 81 dias, quando o atraso está justificado por dificuldades na instrução (necessidade de intimações ou inquirições por precatória, número excessivos de réus, dúvida sobre a sanidade mental do acusado, diligências e incidentes de interesse da defesa). Quer dizer que, havendo excesso de prazo na prisão, deve-se verificar qual seu motivo. Desde que justificado, razoavelmente, e não decorrente

165 JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

166 FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

167 FRANCO SILVA, Alberto. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

de simples morosidade do órgão judiciário ou da defesa, não estará configurado o constrangimento ilegal.

No intuito de complementar tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, na súmula 64, ratifica que não se configurará o constrangimento ilegal quando o excesso de prazo for provocado pela defesa.

Já a súmula 21, deste mesmo Tribunal, dispõe que uma vez pronunciado o réu não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução.

Conforme se observa, há uma grande tendência da jurisprudência em levar a guisa de consideração no procedimento ordinário, o espaço temporal de 81 dias para o encerramento da instrução criminal, após o que efetivado restará caracterizado o constrangimento ilegal por excesso de prazo caso não haja justificativa para o não encerramento da instrução probatória dentro daqueles dias, assim dando azo à impetração do habeas corpus.

Em sentido contrário, há julgados que se manifestam no sentido de que os prazos devem ser contados separadamente, levando-se em consideração o espaço temporal gasto para a realização de cada ato.

Assim, haverá coação ilegal quando o inquérito policial de réu preso não for concluído ou remetido a juízo em 10 dias; quando a denúncia não for oferecida no prazo de 5 dias; quando, decretada a prisão preventiva, o inquérito voltar à polícia para diligências; quando houver excesso de prazo na instrução, etc.

O Colendo Supremo Tribunal Federal já comungou desse entendimento em que os prazos devem ser contados separadamente e não sob a forma global, em que o excesso de prazo no cumprimento de um ato processual não pode ser compensado pela economia de tempo na realização de outro. Atualmente, a Corte Suprema e a sua nova composição filiaram-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, optando pela soma dos prazos.

Ainda dentro desse contexto analítico, a jurisprudência tem-se valido de certos casuísmos para não conceder o excesso de prazo, entendendo que o mesmo não se verifica na formação da culpa, quando o processo se encontra na fase de alegações finais (art. 500, CPP); e na fase de diligências (art. 499, CPP).

Cumprе ressaltar que o assunto em baila deve ser submetido ao Princípio da Razoabilidade, ou seja, as normas devem ser interpretadas de acordo com a dinâmica social, pois o Código de Processo Penal data do início da década de 40. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez

maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética, fazendo-se imprescindível raciocinar com juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo.

3.2. Habeas Corpus e as espécies de prisão cautelar

Neste tópico, em especial, deve-se considerar os preceitos constitucionais que se não observados poderão dar ensejo ao relaxamento da prisão ou o trancamento de uma ação penal, instrumentalizados pela via do habeas corpus.

Nesse sentido, a Carta Magna dispõe que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII); que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, a observância do contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII); a não identificação criminal para os já identificados civilmente, salvo hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII); prisão somente em flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos crimes propriamente militar, definidos em lei e nos casos de transgressão militar (art. 5º, LXI); comunicação imediata ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII); o direito de ser informado de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII); o direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV); a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente (art. 5º, LXV); ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); não haverá prisão civil por dívida, salvo se depositário infiel ou devedor alimentício (art. 5º, LXVII) e ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Observa-se que o Superior Tribunal Federal já se pronunciou afirmando que, se na fase processual, o preso não é informado sobre seus direitos constitucionais como, por exemplo, o de permanecer calado, sem que o silêncio seja interpretado em seu desfavor, será caso de nulidade do processo, implicando a soltura do preso.

Já a Constituição, em seu artigo 142, parágrafo 2º, dado às peculiaridades da hierarquia e disciplina militar, estabelece que "Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares". Essa disposição é estendida aos membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares (CRFB, art. 42, parágrafo 1º). Contudo, mesmo na hipótese de punição disciplinar militar, caberá a concessão do habeas corpus se a sanção tiver sido aplicada de forma ilegal: por autoridade incompetente; em desacordo com as formalidades legais ou além dos limites fixados em lei.

Em relação ao eleitor, este não poderá ser preso nos cinco dias que antecedem as eleições e nas quarenta e oito horas subseqüentes ao encerramento da votação, salvo nos casos de flagrante delito e em razão de sentença condenatória por crime inafiançável (artigo 236 do Código Eleitoral).

Vige no Processo penal o princípio do *Nemo Teneto se Detegere*, ou seja, ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A prisão em domicílio deverá seguir as regras do artigo 5º, XI Carta Magna, a qual dispõe que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou, durante o dia, por ordem judicial. Assim, pode-se concluir que mesmo contra a vontade do morador, pode-se invadir a residência, a qualquer hora, do dia ou da noite, para se prender o autor do delito. Se a hipótese for de mandado judicial, em havendo consentimento do morador, é possível que se ingresse na casa para cumprir a ordem de prisão a qualquer hora, do dia ou da noite; entretanto, se não houver consentimento (pouco importando se o mandado de prisão é contra ele ou contra terceiro que se encontra em sua casa), o cumprimento do mandado deve dar-se durante o dia, o executor, após receber a negativa do morador, convocará duas testemunhas e entrará à força, ainda que tenha que arrombar as portas. Por outro lado, se o fato ocorrer durante a noite, o mandado não poderá ser cumprido sem a autorização do morador. Nesse caso, o artigo 293 do CPP diz que o executor fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanhecer, arrombará as portas, na presença de duas testemunhas, e efetuará a prisão. 168

A violação a esse preceito constitucional, terá como conseqüência no curso do processo, a decretação de sua nulidade que é combatida por meio do remédio heróico do habeas corpus, logicamente sem prejuízo do abuso de autoridade infringido pelo executor da prisão.

Em matéria processual penal existem duas formas de prisão: Prisão Pena, que é aquela decorrente de sentença transitada em julgado, e a Prisão Processual, sendo aquela decretada antes do transito em julgado de sentença condenatória, nas hipóteses permitidas em lei. É também chamada prisão provisória ou prisão cautelar.

As hipóteses de prisão processual são: prisão em flagrante; temporária; preventiva; por sentença condenatória recorrível e de pronúncia.

A Prisão em Flagrante¹⁶⁹ deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, caso se comprove que faltaram algumas das formalidades essenciais na lavratura

168 BRASIL. Leis, etc. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

169 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.

do auto de prisão como, por exemplo, falta da entrega da nota de culpa; quando não for hipótese de prisão em flagrante, ou seja, quando não estiver presente qualquer das hipóteses de flagrante descritas no artigo 302, Código de Processo Penal; quando o fato for atípico ou quando houver desrespeito aos prazos previstos em lei, isto é, quando houver excesso de prazo da prisão.

Em se tratando da Prisão Temporária¹⁷⁰, esculpida no artigo 2º, da lei nº 7.960/89, esta terá a duração de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Logo, vencido o prazo único ou prorrogado, o indiciado deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sob pena de coação ilegal, suscetível de correção via Writ, salvo se sobrevier sua prisão preventiva, conforme trata o parágrafo 7º, do artigo 2º.

Destaca-se que a Lei dos Crimes Hediondos, de acordo com a Lei 8.072/90, artigo 2º parágrafo 3º, preceitua que a prisão temporária, nos crimes hediondos e àqueles a ele equiparados, terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período caso haja urgência e comprovada necessidade.

Vislumbra-se desse regramento processual penal extravagante, que a prisão temporária se aplica não só aos crimes previstos no rol da lei 7.960/89, mas também aos crimes hediondos ou àqueles a ele equiparados como, por exemplo, homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio; homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro; estupro e atentado violento ao pudor nas formas do caput e presumidos; epidemia com resultado morte.

No que concerne à provocação da prisão temporária (art.2º, caput); oitiva do Ministério Público (art.2º, parágrafo 1º); prazo e fundamentação da decisão (art.2º, parágrafo 2º); apresentação do preso ao magistrado (art. 2º, parágrafo 3º); expedição do mandado de prisão (art. 2º, parágrafo 4º); a execução da prisão após a expedição da ordem judicial (art. 2º, parágrafo 5º); informação ao preso, após a prisão, de seus direitos constitucionais (art. 2º, parágrafo 6º); separação obrigatória dos demais presos (art. 3º).

Na decretação da Prisão Preventiva¹⁷¹ o réu não pode ficar preso por tempo indeterminado, devendo assim, ser observados os prazos estabelecidos na lei para o cumprimento dos diversos atos processuais: conclusão do inquérito, oferecimento da denúncia, interrogatório, defesa prévia, oitiva das testemunhas, alegações finais e sentença.

¹⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.

¹⁷¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

A jurisprudência, por sua vez, firmou entendimento de que, uma vez iniciada a ação penal, os prazos não devem ser contados isoladamente em relação a cada um dos atos processuais. Ao contrário, o prazo deve ser considerado de forma conjunta, ou seja, só se escoará quando ultrapassado o tempo de todos os prazos somados.

No procedimento ordinário (comum) essa soma alcança o total de 81 dias, a contar da data da prisão. Findo tal prazo, poderá ser alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo e, como consequência, ser o réu libertado. Esse prazo, entretanto, não é fatal, sendo certo que a jurisprudência tem entendido que uma série de fatores pode ser levada em conta para permitir que o réu fique preso além desse tempo (excesso de testemunhas, demora na elaboração de provas periciais de alto grau de dificuldade, necessidade de adiamento de audiência pela não condução do réu ao fórum, excesso de processos em pauta, etc.).

Assim, o juiz, decidindo fundamentadamente, pode deixar de soltar o réu (hipótese em que o acusado poderá impetrar o habeas corpus no tribunal competente para tentar sua liberdade refutando os argumentos do juiz que o mantiver no cárcere).

O crescimento das cidades, o aumento da criminalidade e a falta de estrutura da polícia para conduzir os presos até os locais de audiência são apontados, dentre outros, como motivos que justificam alteração da lei para ampliar os prazos da prisão, uma vez que aqueles previstos no Código de Processo Penal estão em desacordo com a atual realidade.

O excesso de prazo para o término da instrução não justifica a libertação do réu quando a responsabilidade pelo atraso é da defesa, conforme preconiza a Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, diz que o prazo de 81 dias é contado da data da prisão até o término da instrução acusatória. Terminada a instrução, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo (Súmula 51 do STJ).

O rito do Júri é escalonado e tem duas fases: a primeira encerra-se com a pronúncia (que remete o réu ao júri), enquanto a segunda, com julgamento em Plenário. É evidente, portanto, que se trata de procedimento mais demorado. Em razão disso, o prazo de 81 dias somente deve ser observado na primeira fase. Nesse sentido, a Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça ordena: "Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".

Em relação à Prisão por Sentença Condenatória Recorrível¹⁷² somente se cogita dessa modalidade de prisão processual quando, por ocasião da sentença de primeira instância, o sujeito encontrava-se solto. Presentes os requisitos legais, o juiz decretará a

¹⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

prisão e determinará a expedição do respectivo mandado. Se o juiz já havia decretado a prisão anteriormente, e os motivos que a ensejaram continuam a existir, evidentemente não é necessário que se decrete a prisão por ocasião da sentença. Nesse caso, o juiz limita-se a recomendar o réu na prisão (não expedindo mandado).

O pressuposto básico da decretação dessa forma de prisão é que o réu seja condenado à pena privativa de liberdade que não tenha sido substituída por multa, por pena restritiva de direitos ou pelo *sursis*.

Além disso, o artigo 594 do Código de Processo Penal estabelece que, mesmo sendo o acusado condenado a pena privativa de liberdade, não será decretada a sua prisão se ele for primário e de bons antecedentes. Assim, nos termos do artigo 393, I, CPP, sendo o réu reincidente ou portador de maus antecedentes, deverá o juiz seguir as seguintes regras:

- A) Se o crime for inafiançável, deverá decretar a prisão do réu. Assim, para apelar, o réu terá que se recolher à prisão. Se o recurso for interposto sem que seja cumprida a ordem de prisão, o juiz não poderá recebê-lo. Por sua vez, se o réu se recolhe à prisão, o recurso deve ser recebido; mas, se em seguida fogue, será julgada deserta a apelação (art.595, CPP).
- B) Se o crime for afiançável, o juiz também deve decretar a prisão do réu, mas no mesmo momento deve arbitrar o valor da fiança, desde que ausentes as vedações dos artigos 323 e 324 do CPP (que a reincidência não seja em crime doloso, p. ex.). Tal valor deverá constar do mandado de prisão e, uma vez prestado, permitirá ao réu recorrer em liberdade.

Pode-se concluir, portanto, que o acusado tem duas opções caso queira apelar: pode recolher-se à prisão ou prestar fiança.

Veja-se, entretanto, que se o réu tinha sido preso em flagrante e já havia prestado fiança em fase anterior do processo, o juiz não decretará sua prisão por já estar garantido o juízo.

Observa-se, nesse caso, que com a consagração do Princípio da Presunção de Inocência, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória (artigo 5º, LVII, da CRFB), os tribunais passaram a defender a tese de que a prisão pela sentença recorrível afrontaria tal dispositivo.

O Supremo Tribunal Federal entende que não é mais possível condicionar-se o conhecimento da apelação ao recolhimento do réu à prisão. A apelação deverá ser

conhecida independentemente do recolhimento do réu a prisão, também não deverá ser decretada deserta a apelação com a extinção anômala do recurso, caso o réu fuja depois de haver apelado.

Caso o réu esteja preso quando da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível, não poderá recorrer em liberdade, salvo se desaparecerem as hipóteses que autorizavam sua prisão preventiva. Entretanto, se o réu estava em liberdade quando da sentença condenatória recorrível ou da pronúncia, deverá permanecer solto, salvo se surgir alguma hipótese que autorize a prisão preventiva.

A Prisão por Pronúncia¹⁷³ está relacionada ao rito do júri, o qual possui duas fases. A primeira inicia-se com o recebimento da denúncia e termina com a pronúncia que é uma decisão em que o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu o crime e prova da materialidade da infração, e, assim, declara que o acusado será submetido em data futura ao julgamento pelos jurados. A segunda fase inicia-se com o oferecimento do libelo e se encerra com o julgamento em plenário.

Pois bem, por ocasião da pronúncia, caso o réu seja reincidente ou tenha maus antecedentes, o juiz deverá decretar a prisão, se o crime for inafiançável, e se for afiançável, deverá decretá-la, arbitrando, de imediato, o valor da fiança (artigo 408, parágrafos 2º e 3º, CPP). Veja-se que, em verdade, são regras idênticas àquelas referentes à prisão por sentença recorrível, ou seja, se descumprida tal regra caberá ao lesado o pedido de relaxamento da prisão, via habeas corpus.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, no tocante à contagem de prazo para a realização dos atos processuais, quer tendo em consideração sua totalidade, ou cada ato isoladamente, há de se considerar que, se eventualmente, o legislador quisesse que o procedimento, em qualquer que seja o rito processual, fosse considerado englobadamente ele o teria dito expressamente. Assim sendo, se o regramento processual penal fixa prazo para a realização de cada ato separadamente, é porque o legislador pretende que este seja efetivado dentro do lapso temporal fixado.

A norma processual, qualquer que seja ela, não contém palavras inúteis. Se há a determinação de um prazo e ele não é cumprido, alguma consequência de ordem processual há de advir dessa conduta omissiva, sob pena da transgressão não ter mecanismo de correção, o que geraria, indubitavelmente, verdadeiro caos quanto ao cumprimento dos atos procedimentais.

¹⁷³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Nesta linha de considerado, se ocorrer à prática do ato do procedimento além do prazo previsto em lei, haverá, inexoravelmente, constrangimento ilegal à liberdade física do indiciado ou réu, o que legitima o uso do habeas corpus, excetuando-se sempre as hipóteses em que essa demora decorra de fato imputado àquele ou ao seu defensor, ou qualquer outro motivo de força maior, que jamais pode ser revelado pela complexibilidade do processo, quer sob o aspecto fático ou de direito.

No contexto da *persecutio criminis*, que sempre gera de forma direta ou indireta coação ao indiciado, imputado ou réu, cumpre ao Estado como titular do *ius puniendi* cumprir as prescrições processuais sob pena de ter sua conduta omissiva eivada de ilegalidade.

Se por um lado exige-se do acusado o cumprimento do ato processual dentro do prazo legal, sobe pena de preclusão; por outro lado não há como se entender viável e justificável, que o próprio Estado, representado pelo poder judiciário, descumpra o prazo, excedendo o limite traçado pelo legislador. Assim, para sanar sua omissão o Estado não poderia se socorrer de um expediente que a lei não autoriza que é o sistema global desses prazos.

Todavia, o entendimento lavrado pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de prevalecer que os atos processuais devem ser considerados globalmente, mesmo que sendo esse um entendimento diametralmente oposto à ciência processual penal, a qual atribui conseqüência jurídica para o descumprimento de qualquer regramento seu; aqui se incluindo aquele que faz menção a prazo contado de forma isolada.

Não quer dizer que não haverá sanção, corrigível via habeas corpus, se o indiciado ou acusado privado de sua liberdade ficar preso por tempo que não seja razoável, pois a jurisprudência tem entendido que uma série de fatores pode ser levada em conta para permitir que o réu preso, por mais tempo que fixado em lei possa impetrar o habeas corpus no tribunal competente para tentar a sua liberdade, refutando os argumentos do juiz que o manteve no cárcere.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Leis, etc. Código de Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Record, 1960.

- FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.
- FRANCO SILVA, Alberto. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo penal: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MIRANDA, Pontes de. História e prática do Hábeas Corpus. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 3 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TORNAGHI, Helio. Instituições *de Processo Penal*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

PROPOSTA DE MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELOS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS GERADOS PELOS TERMINAIS METROPOLITANOS DE ÔNIBUS DA GRANDE BH: CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS E OPERACIONAIS SOBRE O TERMINAL VILARINHO, DISTRITO DE VENDA NOVA, MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo. Pesquisador em Patrimônio Natural, (174)

RESUMO: Este trabalho intenciona apresentar propostas de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH, em especial, o Terminal Vilarinho, localizado em Venda Nova, distrito localizado ao norte de Belo Horizonte - MG. A metodologia consistiu em ampla revisão bibliográfica com considerações técnicas e operacionais do sistema de transporte das cidades de Confins, Lagoa Santa, São José da Lapa e Vespasiano, que deveriam ser integradas ao Terminal Metropolitano Vilarinho e a Estação Vilarinho do Trem Metropolitano da CBTU. Após analisar os sistemas de ônibus, tanto intermunicipais, quanto intramunicipais, propõe-se a reorganização e reestruturação do mesmo e medidas de compensação ambiental, sendo a principal a criação do Parque Estadual Metropolitano da Granja Werneck, conforme diretrizes do PLAMBEL em 1979 e com 925 hectares no bairro Hugo Werneck, e a ampliação do Parque Urbano Municipal do Bairro Planalto, anexando a Mata do Maciel ao seu perímetro. Ambas as áreas são próximas do terminal Vilarinho e legitimam a compensação a ser feita de forma imediata.

PALAVRAS CHAVE: Compensação; Impactos; Ônibus; Parque; Terminal.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem objetivo discutir o Terminal Morro Alto (Quadro I), incluindo sua alteração de denominação oficial para Terminal Vespasiano, descrevendo a possibilidade e viabilidade de se transferir suas atuais linhas de ônibus para partidas do

174 com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia.

Terminal Vilarinho na Região de Venda Nova, Belo Horizonte, MG. A Estação Municipal Nordeste e o Terminal Metropolitano Vilarinho são terminais intermodais de transporte coletivo situados próximo entre às avenidas Cristiano Machado, Dom Pedro I e Maria Vieira Barbosa (Avenida do Córrego Vilarinho) que integra várias linhas de ônibus metropolitanos e municipais e uma linha de trem metropolitano. Foi arquitetada para ser o maior terminal de conexão da Região Metropolitana de Belo Horizonte - RMBH, com previsão de movimentar 120 mil passageiros, por dia. Presentemente, tem circulação de 30 mil passageiros por dia. Esta localizada de frente para a Catedral Cristo Rei, cujo projeto arquitetônico é de Oscar Niemeyer. O Terminal Vespasiano, dedicar-se-á, exclusivamente às linhas de Baldim, Capim Branco, Funilândia, Matozinhos e Pedro Leopoldo e o Terminal Vilarinho, fará a integração de Confins, Lagoa Santa, São José da Lapa e Vespasiano, quatro cidades que compõe a Região Metropolitana de Belo Horizonte desde sua criação em 1974. Os oito municípios citados fazem parte do Vetor Norte da Grande BH onde está sendo implantado o SAP - Sistemas de Áreas Protegidas, de acordo com o site Minas em Pauta (2022, on line):

A criação do SAP no Vetor Norte é uma das medidas do Plano de Governança Ambiental e Urbanística da RMBH (Decreto Estadual no 44.500/07). O projeto foi criado para garantir uma proteção efetiva do patrimônio arqueológico, espeleológico, paleontológico, natural e paisagístico existente na região. Já foram criadas sete unidades das 15 unidades de conservação previstas que garantirão a proteção de 11 mil hectares de áreas (veja abaixo, a relação das unidades de conservação do SAP).

O coordenador do Projeto SAP, Roberto Alvarenga, explica que o Sistema será uma importante ferramenta do Governo Antônio Anastasia para a proteção da biodiversidade na região norte da RMBH. "As áreas serão uma referência para ações de planejamento e controle dos processos que envolvam a supressão vegetal, ocupação do solo e proteção do patrimônio natural da região".

O Vetor Norte da RMBH compreende os municípios de Ribeirão das Neves, Santa Luzia, Vespasiano, Pedro Leopoldo, Matozinhos, São José da Lapa, Confins, Jaboticatubas, Lagoa Santa, Capim Branco, Baldim, Taquaruçu de Minas e Nova União.

Unidades de Conservação propostas para o Sistema de Áreas Protegidas do Vetor Norte da RMBH:

Criadas: Monumento Natural Experiência da Jaguará, Monumento Natural Vargem da Pedra, Parque Estadual da Serra do Sobrado,

Monumento Natural Várzea da Lapa, Refúgio da Vida Silvestre Macaúbas, Parque Estadual Cerca Grande,

Em processo de criação: Refúgio da Vida Silvestre Serra das Aroeiras

Anunciadas: Refúgio da Vida Silvestre Cauaia, Refúgio da Vida Silvestre Macaúbas, Monumento Natural Planalto das Dolinas, Parque Estadual Poções, Monumento Natural Baú, Monumento Natural Veredas, Monumento Natural Escrivania,

Quadro I - Linhas de Ônibus do estação Morro Alto (Terminal Vespasiano)

| Nº | Linha: Origem/Destino | Alteração proposta |
|-----------|--|------------------------------|
| 500C | Terminal Morro Alto / Belo Horizonte (Direta) | Permanência no terminal |
| 501C | Terminal Morro Alto / Belo Horizonte via Antônio Carlos | Permanência no terminal |
| 502H | Terminal Morro Alto / Hospitais via Cristiano Machado | Permanência no terminal |
| 503H | Terminal Morro Alto / Hospitais via Antônio Carlos | Permanência no terminal |
| 504R | Terminal Morro Alto / Belo Horizonte via Cristiano Machado (Retorno Túnel) | Permanência no terminal |
| 505H | Terminal Morro Alto / Hospitais via Antônio Carlos (Paradora) | Permanência no terminal |
| 5600 | São Cosme / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5610 | Morro Alto / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5620 | Nova Pampulha / Bonsucesso / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5630 | Jardim Bela Vista / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5631 | Santa Maria / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5635 | Nova Pampulha 3ª e 4ª Seção / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5670 | Jardim da Glória / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5675 | Vila Esportiva / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |

| | | |
|------|---|------------------------------|
| 5715 | Gávea II / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5716 | Gávea II / Praça da MRV / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5800 | Conjunto Caieiras A / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5805 | Conjunto Caieiras B / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5815 | Celvia B / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5825 | Jane (Imperial) / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5830 | Vista Alegre / Vale Formoso / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |
| 5835 | Nova York / Terminal Morro Alto | Transferência para Vilarinho |

Adaptado de <https://movemetropolitano.com.br/terminal-morro-alto>

Localizado em Belo Horizonte, esse é um relevante posto de integração por conjugar uma estação de trem com um terminal metropolitano de ônibus. A Estação Vilarinho é integrada ao Trem Metropolitano de Belo Horizonte (Linha 1/Azul: Eldorado/Vilarinho) de 05h15 às 23h00, com espaços entre 4 e 12 minutos. Como já dito, é também existente no local um terminal municipal, denominado Terminal Nordeste que faz a ligação de linhas alimentadoras e troncais do distrito de Venda Nova. No terminal, além de haver 57 diferentes linhas de ônibus (Quadro II), há pontos de comercialização do cartão Ótimo, possibilitando comprar cartões e recarregar créditos. Além disso, o Terminal possui banheiro e bicicletário. Em conjugado com a Estação Vilarinho, há o Shopping Estação BH, operado pela brMalls, uma respeitável companhia gerenciadora de shoppings centers no Brasil. Este é o shopping mais perto ao vetor norte da RMBH, constituindo num dos maiores atrativos do terminal. Na região do terminal, a lei municipal nº 11.326, de 23 de novembro de 2021, declarou como valor de excepcional comunitário, cultural, ecológico e paisagístico da área da Mata Maciel, conhecida como "Mata do Planalto".

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica declarado o valor ecológico, paisagístico, cultural e comunitário da área remanescente de Mata Atlântica conhecida como "Mata do Planalto", delimitada pelas ruas Branca Ferraz Isoni, Iracema Souza Pinto, David Nasser, Isaurino Alves de Souza, João de

Sales Pires, Bacuraus, São José do Bacuri e Cotovias, no Bairro Planalto.

Art. 2º Para os fins desta lei, o Poder Executivo editará os atos necessários para o cumprimento do que dispõe seu art. 1º

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2021.

Alexandre Kalil, Prefeito de Belo Horizonte

(Originária do Projeto de Lei nº 1.050/20, de autoria das vereadoras Bella Gonçalves e Cida Falabella)

Quadro II - Linhas de Ônibus do Terminal Vilarinho

| Nº | Linha: Origem/Destino | Alteração proposta |
|-----------|--|---------------------------|
| 5000 | São José da Lapa / Cachoeira / Lar de Minas / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 500C | Terminal Vilarinho / Belo Horizonte (Direta) | Permanência no terminal |
| 501C | Terminal Vilarinho / Belo Horizonte via Antônio Carlos | Permanência no terminal |
| 502H | Terminal Vilarinho / Hospitais via Cristiano Machado | Permanência no terminal |
| 5130 | Dom Pedro I / São José da Lapa / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5140 | São José da Lapa / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5141 | São José da Lapa / Maria de Lourdes / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5150 | São José da Lapa / Inácia de Carvalho / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 515R | Terminal Vilarinho / Cidade Industrial via Anel | Permanência no terminal |
| 5160 | Cachoeira / Lar de Minas / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5162 | Cachoeira / Lar de Minas / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 518R | Terminal Vilarinho / Cidade Industrial via Carlos Luz | Permanência no terminal |
| 5220 | Associação dos Empregados do Comércio / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5252 | Aeroporto de Confins / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |

| | | |
|------|---|---------------------------------|
| 5298 | Confins / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5302 | Confins / Aeroporto / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5308 | Atendimento Dom Pedro I / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5645 | Vida Nova / Fazenda Severina / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5646 | Vida Nova / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5788 | Campinho / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5882 | Lagoa Santa / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5883 | Aeronautas / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 5889 | Vila Maria / Terminal Vilarinho | Permanência no terminal |
| 4100 | Kennedy / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4140 | Frimisa / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4255 | São Benedito / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4275 | São Benedito / Canaã / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4310 | Praça Carmem Miranda / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4395 | Palmital / São Cosme / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 4435 | Parque Nova Esperança / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 5783 | São José de Almeida / Terminal Vilarinho | Transferência para Cristina |
| 5376 | Cruzeiro / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5430 | Luar da Pampulha / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5432 | Toronto / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5440 | Atalaia / Jardim Primavera / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5445 | Maria Helena / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5450 | Atalaia / Tony / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5480 | Maria Helena / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5500 | Céu Anil / Havaí / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5510 | Tony / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5515 | Nova América / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |

| | | |
|------|---|---------------------------------|
| 5640 | Tocantins / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5450 | Pedra Branca / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5705 | Landi / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5711 | Fazenda Severina / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5845 | Lagoinha / Terminal Vilarinho | Transferência para Justinópolis |
| 5282 | Mocambeiro / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5285 | Teotônio Batista de Freitas / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5289 | Mocambeiro / Lagoa de Santo Antônio / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5293 | Lagoa Santo Antônio / Teotônio Batista de Freitas / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5297 | Pedro Leopoldo / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5309 | Pedro Leopoldo / Aeroporto de Confins / Terminal Vilarinho (Rodoviário) | Transferência para Vespasiano |
| 5793 | Fidalgo / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5982 | São Paulo / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5988 | Capim Branco / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5992 | Matozinhos A / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |
| 5997 | Matozinhos B / Terminal Vilarinho | Transferência para Vespasiano |

Adaptado de <https://movemetropolitano.com.br/terminal-vilarinho>

APRESENTAÇÃO DAS CIDADES

A Área de Proteção Ambiental Carste de Lagoa Santa está circunscrita no centro-sul de Minas Gerais, abrangendo as municipalidades de Confins, Matozinhos, Lagoa Santa, Pedro Leopoldo, Prudente de Moraes, São José da Lapa e Vespasiano (Quadro III) e é uma

das regiões brasileiras mais respeitáveis em termos de cenários cársticos/carbonáticos e da narrativa evolutiva das ciências naturais do Brasil. Em termos de seus atributos físicos, expõe uma geomorfologia cárstica diversificada e peculiar: grande número de dolinas em multiplicidade de formas padrões e tamanhos; grandes maciços rochosos aflorantes ou parcialmente ocultados; muitos lagos com distintos desempenhos hídricos, conexos às dolinas ou em extensas planícies rebaixadas e uma intrincada rede de condutos subterrâneos, habitualmente interligados com o relevo superficial e, assim, acessíveis à visitação humana.

Quadro III - Dimensões da Área de Proteção Ambiental Carste de Lagoa Santa, por município

| Município | População (IBGE 2018) | População não urbana (IBGE 2010) | População urbana (IBGE 2010) | Área do Município (ha) (IBGE 2017) | Área da UC no município (ha) | Área da UC no município (%) |
|--------------------|------------------------------|---|-------------------------------------|---|-------------------------------------|------------------------------------|
| Matozinhos | 37.473 | 3.076 | 30.879 | 25.228,00 | 16.955,89 | 43,47 % |
| Lagoa Santa | 63.359 | 3.571 | 48.949 | 22.940,90 | 8.370,97 | 21,46 % |
| Pedro Leopoldo | 63.789 | 8.788 | 49.952 | 29.294,70 | 8.366,74 | 21,45 % |
| Confins | 6.657 | 0 | 5.936 | 4.235,50 | 4.249,04 | 10,89 % |
| Prudente de Moraes | 10.629 | 374 | 9.199 | 12.418,90 | 776,77 | 1,99 % |
| Vespasiano | 125.376 | 0 | 104.527 | 7.108,00 | 228,52 | 0,59 % |
| São José da Lapa | 23.385 | 8.399 | 11.400 | 4.793,00 | 54,16 | 0,14 % |

Fonte: adaptado de <https://uc.socioambiental.org/arp/1108>

Confins foi durante muito tempo um distrito do município de Lagoa Santa e a palavra confins, designa lugar longe. A cidade de Confins é um município situado na RMBH com população estimada em 6.730 habitantes (IBGE,2020). Seu território se desmembra em três distritos: Lagoa dos Mares, Sede Municipal e Tavares. É onde se acha a maior porção do terreno do Aeroporto de Confins (Aeroporto Tancredo Neves), entrada fundamental em Minas Gerais por via aérea e ponto de ligação de Belo Horizonte com o território brasileiro e o mundial. O Aeroporto Internacional de Belo Horizonte, garante a pequena municipalidade, um arrecadamento significativo e uma das maiores rendas per capita do país. É o 5º aeroporto mais movimentado do Brasil, e está em operação desde o ano de 1984. Foi o primeiro aeroporto industrial brasileiro. A urbe divide-se em 13 bairros:

Aeroporto Confins, Alto dos Ribeiros, Boa Vista 5ª Seção, Capão 2ª Seção, Capim Seco, Gameleira 2ª Seção, Lagoa dos Mares, Quintas do Aeroporto, Retiro 1ª Seção, Santa Cruz 4ª Seção, São José 3ª Seção, Várzea Bonita e Vila Tavares, fora a pequena zona rural. O decreto municipal nº 1.275, de 14 setembro de 2022, dispôs sobre a criação e instalação do parque natural municipal e deu outras providências.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CONFINS, Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais conferidas pelo art. 55, da Lei Orgânica Municipal (LOM) e;

CONSIDERANDO que o artigo 225 da Constituição Federal que estabelece que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações";

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu art. 23, incisos III e VII, estabelece que caberá à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos e ainda preservar as Florestas, a fauna e flora;

CONSIDERANDO a celebração do TAC nº 01/2019 entre o Município de Confins e o Ministério Público Federal, tendo como objetivo promover compensação ambiental, o qual prevê na cláusula 2.6 sobre a obrigatoriedade da criação de um parque natural municipal;

CONSIDERANDO que os parques municipais podem ser criados e implantados mediante instrumento legal de decreto, por meio de aplicação da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e principalmente seu artigo 11, que dispõe sobre os objetivos de criação da unidade de conservação de categoria Parque Natural Municipal;

CONSIDERANDO que a disponibilidade de área com o perfil necessário para tal, de propriedade do município, localizada na rua Lagoa Santa s/nº adquirido para ser utilizado pela Secretaria da Educação.

CONSIDERANDO ser útil e vantajoso para a administração a destinação de parte daquela área para a criação do parque, aliando e integrando a educação ambiental em um mesmo espaço de modo a assegurar a preservação da qualidade ambiental, da escala e da paisagem urbana;

CONSIDERANDO a importância dos espaços de uso público, livres de edificação e com vegetação nas cidades, reconhecidos no que se refere à qualidade de vida e qualidade ambiental, considerados em muitos países parte integrante nas decisões de planejamento quanto ao uso e ocupação do solo;

CONSIDERANDO ainda a necessidade do Município de instituir áreas de preservação, possibilitando a gestão pela captação e aplicação de recursos de compensação ambiental de empreendimentos a serem instaladas no Município ou região, DECRETA:

Art. 1º Fica criado o Parque Natural Municipal da Cidade de Confins, localizado na Rua Lagoa Santa s/nº, bairro Centro, com 3.000 m² de área total, sob coordenadas 19.63227 43.97612.

Art. 2º O Parque Natural Municipal tem os seguintes objetivos:

I - Proteger os recursos naturais;

II - Preservar as espécies da fauna e da flora, especialmente as endêmicas e ameaçadas de extinção;

III - Preservar o ecossistema, especialmente o bioma do cerrado e promover a biodiversidade;

IV - Promover a educação e a conscientização ambiental;

V - Promover a recreação e o turismo ecológicos, o lazer da população, comportando equipamentos para a recreação, e com características naturais de interesse à proteção, valorizando o conhecimento e a cultura popular local;

VI - Proporcionar meio e incentivos para atividades de pesquisa e estudos científicos;

Parágrafo único. Esse tipo de espaço livre não é considerado uma Unidade de Conservação e conseqüentemente não sendo necessário a elaboração de Plano de Manejo, nos moldes da Lei 9.985/2000.

Art. 3º A criação do parque tem por objetivo a preservação de ecossistemas naturais de relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza, de lazer, eventos, turismo e atividades afins.

§ 1º O Parque é considerado um instrumento de administração socioambiental local da área em questão, otimizando os procedimentos de controle e gestão do imóvel e seu entorno, visando fomentar a captação de recursos para o município, bem como gerenciar a área no sentido de coibir novas ocupações irregulares e invasões.

Art. 4º A gestão administrativa do Parque caberá à Secretaria Municipal de Meio Ambiente, a qual adotará as medidas necessárias à sua efetiva proteção, implantação, manutenção e controle, na forma do art. 20 e seguintes da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

§ 1º Fica estabelecido que os recursos provenientes de procedimentos ambientais (multas/infrações ambientais, valores decorrentes de procedimentos de supressão de vegetação e compensação ambiental nos moldes da Lei 9.985/2000), serão preferencialmente destinados à implantação, manutenção e gestão do Parque, nos quesitos ambientais, mediante regramento específico.

§ 2º Conforme a legislação pertinente, todas as atividades realizadas no Parque devem limitar-se àquelas destinadas aos seus objetivos de criação, estando sujeitas às condições estabelecidas em normas complementares específicas, quando couber.

Art. 5º Fica estabelecido que as obras e/ou atividades decorrentes e necessárias para implantação do Parque Natural Municipal da Cidade de Confins possuem interesse público e de caráter social, sendo nesse caso regidas pelas normas previstas neste decreto.

§ 1º Tratando-se da atividade de supressão de vegetação, deverão ser seguidas as regras previstas nas Instruções Normativas vigentes e pertinentes, justificadas e vinculadas ao presente instrumento legal.

§ 2º Quaisquer outras atividades de construção civil inerentes à implantação do Parque em sua estruturação, tais como: palco para apresentações, Centro de Convenções, Auditórios para Palestras, Pista de Caminhadas, Salas e Laboratórios de Educação Ambiental, Viveiro de Mudas, entre outras, deverão ser analisadas e devidamente aprovadas pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente.

Art. 6º Os casos omissos serão analisados pela Prefeitura Municipal de Confins, em especial com apoio das Secretarias Municipais de Meio Ambiente, Turismo, Esporte e Lazer.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Confins, 14 de setembro de 2022.

GERALDO GONÇALVES DOS SANTOS, Prefeito do Município de Confins

Em termos ambientais, a cidade de Vespasiano, dispõe do Parque Ecológico Oswaldo Magalhães de Carvalho, sendo necessário, novas unidades de conservação e áreas de lazer, uma vez que a quantidade de bairros e condomínios tem crescido nos últimos doze anos. Vespasiano é formada por seis distritos: Angicos, Bernardo de Souza, Cipriano, Nova Granja, Ribeirão da Mata e Sede Municipal. É um município localizado a 19º41'31" de latitude sul e 43º55'24" de longitude oeste, a uma altitude de 693 metros, pertencendo à RMBH. Apresenta uma área territorial de 70,3464 km² e sua população foi considerada em 127.601 habitantes, segundo informações do IBGE (2019). A cidade tem mais de 50 bairros e é uma das maiores do vetor norte.

Dentre os bairros estão Alameda Coqueiro, Alphaville Minas Gerais, Bela Vista 15ª Seção (Jardim Bela Vista), Bernardo de Souza, Boa Vista 11ª Seção, Bonsucesso 3ª Seção, Caieiras 2ª Seção, Caieiras Velha, Central Park 4ª Seção, Chácara Laranjeiras, Estrada Maravilhas, Floresta 3ª Seção, Gran Park Toscana, Gran Park Vespasiano, Imperial 3ª Seção, Industrial 5ª Seção (Distrito Industrial de Vespasiano), Jardim da Glória, Jardim Encantado 2ª Seção, Jardim Itaú, Jardim Paraíso, Lar de Minas, Lourdes 5ª Seção, Mangueiras 3ª Seção, Morro Alto, Morro do Cruzeiro 3ª Seção, Nova Granja 2ª Seção, Nova Pampulha 4ª Seção, Nova York, Novo Horizonte 7ª Seção, Parque Industrial 2ª Seção, Parque Jardim Alterosa, Parque Jardim Daliana, Parque Jardim Itaú, Parque Jardim Maria José, Parque Norte, Pouso Alegre 2ª Seção, Professor José Vieira Mendonça, Ribeirão da Mata, Rosa dos Ventos, Santa

Catarina, Santa Clara, Santa Cruz 5ª Seção, Santa Maria 5ª Seção, Santo Antônio 13ª Seção, São Cosme de Baixo, São Damiano 2ª Seção, São Jorge 3ª Seção, São José 11ª Seção, Serra Azul 3ª Seção, Serra Dourada 2ª Seção, Vale Formoso, Vida Nova 2ª Seção, Vila Angicos, Vila Celvia, Vila Cipriano, Vila da Fé, Vila Esportiva, Vila Fagundes, Vila Gávea, Vila Jane, Vila Jequitibá, Vila Mônaco, Vila Nazia, Vila Suely, Villa Vic Dubai Solaris, Villas Park, Ville Park Madri e Vista Alegre 10ª Seção. As dez linhas intermunicipais e intramunicipais atuais (diferente daquelas do passado apresentadas no quadro IV) da cidade de Vespasiano são:

- 0114 Vespasiano/Bela Vista
- 0614 Vespasiano/Morro Alto
- 0714 Circular Caieiras
- 0814 Célvia/Morro Alto
- 0914 Vespasiano/Bernardo De Souza
- 1114 Vespasiano/Suely
- 5905 Vespasiano/Tavares
- 5915 Pedro Leopoldo/Vespasiano
- 5925 Vespasiano/Cachoeira
- 5935 Vespasiano/Inácia de Carvalho

Quadro IV - Antigos atendimentos de ônibus em Vespasiano

| | | | |
|-------------|----------------------------------|-----------------------------|------------|
| 0014 | Vespasiano/Jardim da Glória | Sem informações | |
| <u>0114</u> | Vespasiano/Bela Vista | <u>Viação Buião</u> Ltda | 2001-atual |
| <u>0214</u> | Vespasiano/Nova Granja/Cachoeira | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 2008 |
| <u>0314</u> | Vespasiano/Inácia de Carvalho | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 2008 |
| <u>0414</u> | Vespasiano/Tavares | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 2008 |
| <u>0514</u> | Vespasiano/São José da Lapa | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 2008 |
| <u>0514</u> | Vespasiano/Pedro Leopoldo | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 2008 |

| | | | |
|-------------|--|-----------------------------|------------|
| <u>0614</u> | Vespasiano/Campesino via Jockey Clube | <u>Viação Buião</u> Ltda | Até 1984 |
| <u>0614</u> | Vespasiano/Morro Alto | <u>Viação Buião</u> Ltda | 1984-atual |
| <u>0614</u> | Vespasiano/Nova York | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| <u>0714</u> | Circular Caieiras | <u>Viação Buião</u> Ltda | 2001-atual |
| <u>0814</u> | Vespasiano/Vila Esportiva | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| <u>0814</u> | Circular Célvia | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| 0814 | Célvia/Morro Alto | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| 0914 | Vespasiano/Bernardo De Souza | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| 0914 | Vespasiano/Gávea | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| <u>0914</u> | Vespasiano/Bernardo de Souza via Gávea | <u>Viação Buião</u> Ltda | ?-atual |
| <u>1114</u> | Vespasiano/Suely | <u>Viação Buião</u> Ltda | 2006-atual |

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

Lagoa Santa, composta de três distritos, Lagoinha de Fora, Lapinha e Sede Municipal, é um município localizado na RMBH, a 35 km de Belo Horizonte, situado a 800 metros de altitude, tendo 231,9 km² de área e uma população de 61.752 habitantes (IBGE, 2017). Lagoa Santa se situa em região de relevo cárstico, expondo notório patrimônio arqueológico, cultural, espeleológico, histórico, natural e paleontológico. A urbe conta com várias descobertas e estudos científicos empreendidos na região, desde o século XIX, tendo o dinamarquês Peter Wilhelm Lund (Copenhague, 14 de junho de 1801 - Lagoa Santa, 25 de maio de 1880) como desbravador nessas pesquisas. Em Lagoa Santa, Doutor Lund descobriu restos esqueléticos de humanos e da remota fauna pleistocênica. Na década de 1970, exames arqueológicos na região foram-responsáveis pelo descobrimento de "Luzia", o crânio humano mais velho localizado na América, datado em quase em 11.500 anos. Em 03 de janeiro de 1980, o decreto estadual nº 20375, criou o Parque Ecológico do Vale do Sumidouro e deu outras providências.

Cria o Parque Ecológico do Vale do Sumidouro e dá outras providências.

(Vide alteração citada no art. 3º do Decreto nº 20.598, de 4/6/1980.)

(Vide Decreto nº 20.599, de 4/6/1980.)

(Vide Decreto nº 21.724, de 23/11/1981.)

(Vide art. 1º do Decreto Sem Número nº 2389, de 3/10/2006.)

(Vide Decreto nº 44.935, de 3/11/2008)

(Vide Lei nº 19.998, de 29/12/2011)

(Vide art. 1º do Decreto com Numeração Especial nº 408, de 7/10/2015.)

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 76, item X, da Constituição do Estado, decreta:

Art. 1º – Fica criado o Parque Ecológico do Vale do Sumidouro, com a finalidade de preservar os recursos naturais da Região, notadamente o patrimônio arqueológico, espeleológico, paleontológico, a fauna e a flora.

Art. 2º – Fica instituída Comissão integrada por representantes das Secretarias de Estado do Planejamento e Coordenação Geral, de Ciência e Tecnologia, da Agricultura, do Governo e do Departamento de Estradas de Rodagem, coordenada pelo representante da primeira para, no prazo de 60 (sessenta) dias, apresentar o projeto do Parque Ecológico do Vale do Sumidouro, que incluirá, entre outras, sugestões de delimitação de sua área, forma de administração e órgão responsável pela manutenção do Parque.

Parágrafo único – Os titulares dos órgãos e entidades mencionados neste artigo designarão os seus respectivos representantes.

Art. 3º – A Comissão articular-se à com a Universidade Federal de Minas Gerais, o Instituto dos Arquitetos do Brasil, o Centro de Conservação da Natureza, o Centro de Pesquisas Geológicas, a Sociedade Ornitológica Mineira, a Associação Mineira de Defesa do Ambiente e a Sociedade de Pré-História e Paleontologia de Minas Gerais e outras instituições interessadas, para obter subsídios ao Projeto do Parque Ecológico do Vale do Sumidouro.

Art. 4º – Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 03 de janeiro de 1980.

FRANCELINO PEREIRA DOS SANTOS, Humberto de Almeida, Fernando Jorge Fagundes Neto, Paulo Roberto Haddad, Gerardo Henrique Machado Renault

Em junho de 2018 foram descobertos 39 esqueletos humanos, com idades entre 8 mil e 11 mil anos, na Lapa do Santo. Os trabalhos efetivados em Lagoa Santa, colaboraram para distintas partes da Ciência, com estudos de grande valor nas áreas de antropologia, arqueologia, botânica, ecologia, espeleologia, evolução, geografia, geologia, paleontologia, zoologia, etc. Lagoa Santa possui mais de 50 bairros e é uma região com aumento significativo de bairros e condomínios fechados. Este são os bairros oficiais da cidade: Acácias 1ª Seção, Aeroporto 2ª Seção, Alto Aeronautas, Bela Vista 9ª Seção, Bougainville 2ª Seção, Campinho 1ª Seção, Condados da Lagoa, Condados Bouganville, Doutor Lund 1ª Seção, Eldorado 5ª Seção, Estância das Amendoeiras, Estância das Aroeiras, Fazenda Cafundó, Fazenda do Jack, Fidalgo 1ª Seção, Francisco Pereira, Genesco Aparecido de Oliveira, Industrial 3ª Seção, Ipanema 2ª Seção, Ipê 2ª Seção, Jacques Ville, Jardim Imperial, Jardim Ipê 2ª Seção, Jardins da Lagoa, Joá 2ª Seção, Joana D'arc 1ª Seção, Joana Marques, José Fagundes, Lagoa das Mansões, Lagoinha de Fora, Lapa Vermelha, Mirante da Lagoa, Mirante do Fidalgo, Morada do Sol 2ª Seção, Moradas da Lapinha, Morro do Cruzeiro 2ª Seção, Nossa Senhora de Lourdes 2ª Seção, Novo Campinho, Novo Santos Dumont, Olhos D'água 3ª Seção, Ovídio Guerra, Palmital 1ª Seção, Pinto Coelho, Pontal da Liberdade, Pôr do Sol 2ª Seção, Praia Angélica, Recanto da Lagoa 2ª Seção, Recanto do Poeta, Santa Cecília 3ª Seção, Santos Dumont 2ª Seção, Sobradinho 1ª Seção, Vale dos Sonhos, Vale Verde Ville, Várzea 4ª Seção, Veredas da Lagoa, Vila Aeronautas, Vila Anel, Vila Asas, Vila Brant, Vila Champagne, Vila Derrubado, Vila Lapinha, Vila Lundceia, Vila Tradição, Vila Flamboyants, Vila Jardim Presidente, Vila Joana D'arc, Vila Manancial, Vila Maria 3ª Seção, Vila Militar 2ª Seção, Vila Promissão, Vila Quebra, Vila Rica 3ª Seção, Vila Sangradouro, Vila Santa Cecília, Vila Shalimar, Vila Visão, Vista Alegre 7ª Seção, Vitória da União e Vivendas da Lagoa. As linhas municipais Lagoa Santa são em número de doze, o que difere das seis linhas originais descritas no quadro V:

- 3001 - Lagoinha de Fora/Santos Dumont (atende Ovídeo Guerra)
- 3002 - Lapinha/Aeronautas (atende ao Ovídio Guerra/extensão do Aeronautas)
- 3003 - Lapinha/Recanto da Lagoa
- 3004 - Lapinha/Vista Alegre (atende Aeroporto)

- 3005 - Campinho/Francisco Pereira
- 3006 - Campinho/Palmital/Aeronautas
- 3007 - Palmital/Rodoviária
- 3008 - Joá/Palmital
- 3009 - Nossa Senhora de Lourdes/Aeronautas
- 3010 - Morro do Cruzeiro/Vila José Fagundes (atende Jardim Imperial/Acácias)
- 3011 - Lagoa Santa/Aeroporto
- 3012 - Lapinha/Distrito Industrial

Quadro V - Antigos atendimentos de ônibus em Lagoa Santa

| Nº | Nome | Empresa | Período |
|------|--|---------------------------------|----------|
| T106 | Lagoa Santa/Confins | Transrosa | Até 198x |
| T206 | Lagoa Santa/Lagoinha de Fora | Expresso Alcici | Até 198x |
| T306 | Lagoa Santa/Lapinha | Exp. N. S ^a da Saúde | Até 2007 |
| T406 | Lagoa Santa/Campinho via Vila Maria | Exp. N. S ^a da Saúde | Até 2007 |
| T506 | Francisco Pereira/Conjunto Santos Dumont | Transrosa | Até 2007 |
| T606 | Várzea/Bairro Aeronautas | Transrosa | Até 2007 |

[https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_\(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))

São José da Lapa, composta por dois distritos, Inácia de Carvalho e Sede Municipal, tem uma população medida em 23.200 habitantes (IBGE, 2010), e pertence à RMBH, sendo composta por 22 bairros. Belo Vale 4^a Seção, Cachoeira 3^a Seção, Chácara São Vicente, Dom Pedro I, Granja São Vicente, Inácia de Carvalho, Industrial 4^a Seção, Jardim Encantado 1^a Seção, João XXIII, Maria de Lourdes, Nova Cachoeira 2^a Seção, Nova Granja 1^a Seção, Parque Encantado, Parque Industrial Maconi Issa, Quinta dos Ipês, Portão do Ipê, Recanto do Vale, Serra do Sobrado, Vila Brasilina, Vila ICAL, Vila Maravilhas e Vila Perobas. Ao se repassar, a quantidade de bairros inseridos nas cidades de Confins, Lagoa Santa, São José da Lapa e Vespasiano nota-se a existência de dois tipos de atendimentos, o primeiro por linhas intermunicipais e o segundo por linhas municipais. Assim, uma reestruturação e

requalificação do sistema de ônibus destas quatro municipalidades é emergencialmente precisa. Trata-se de um novo arranjo com remanejamento de 59 linhas e operação exclusiva, a partir do Terminal Vilarinho (Quadro IV). O decreto 45.509, de 25 de novembro de 2010, criou o Parque Estadual da Serra do Sobrado, no município de São José da Lapa, e deu outras providências:

Cria o Parque Estadual da Serra do Sobrado, no Município de São José da Lapa, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, no Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e na Lei nº 14.309, de 19 de junho de 2002,

DECRETA:

Art. 1º Fica criado o Parque Estadual da Serra do Sobrado, integrante do Sistema de Áreas Protegidas do Vetor Norte da Região Metropolitana de Belo Horizonte - SAP Vetor Norte, no Município de São José da Lapa, com área de 383,6040 ha e perímetro de 12.977,93m.

Art. 2º Ficam declarados de utilidade pública e de interesse social, para desapropriação de pleno domínio, mediante acordo ou judicialmente, terrenos e benfeitorias necessários à implantação do Parque Estadual da Serra do Sobrado, observado o disposto no § 2º do art. 12 da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

Art. 3º O Parque Estadual da Serra do Sobrado tem os seguintes limites, medidas e confrontações: (..)

Parágrafo único. Todas as coordenadas aqui descritas estão georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e encontram-se representadas no Sistema UTM, referenciadas ao Meridiano Central nº 45º WGr, tendo como datum o SIRGAS2000, sendo todos os azimutes e distâncias, área e perímetro calculados no plano de projeção UTM.

Art. 3º-A Fica estabelecida como zona de amortecimento do Parque Estadual da Serra do Sobrado, até a elaboração do Plano de Manejo, a faixa de área correspondente a 3km traçada a partir dos limites da unidade de conservação.

§ 1º A zona de amortecimento tem por objetivo minimizar os impactos negativos sobre a unidade de conservação, cabendo ao Instituto Estadual de Florestas – IEF-MG estabelecer normas específicas, visando regulamentar a ocupação e o uso dos recursos naturais da zona de amortecimento.

§ 2º A zona de amortecimento é considerada zona rural para os efeitos legais e não poderá ser transformada em zona urbana.

(Artigo acrescentado pelo art. 1º do Decreto nº 46.588, de 29/8/2014.)

Art. 4º São declarados essenciais aos objetivos do Parque Estadual da Serra do Sobrado os seguintes aspectos:

I - a hidrografia; e

II - a composição florística.

Art. 5º O Instituto Estadual de Florestas - IEF fica autorizado, na conformidade da legislação vigente, a promover a desapropriação de pleno domínio das áreas descritas no art. 3º, podendo, para efeito de imissão na posse, alegar a urgência de que trata o art. 15 do Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art. 6º Compete ao IEF implantar e administrar o Parque Estadual da Serra do Sobrado e, no prazo de cento e oitenta dias, contados da data da publicação deste Decreto, constituir o Conselho Consultivo da unidade de conservação.

Art. 7º O IEF, mediante instrumento próprio de cooperação, desenvolverá ações de parcerias com os municípios que integram o SAP do Vetor Norte, bem como com organizações de natureza pública ou privada, para o desenvolvimento das atividades próprias da unidade de conservação de que trata este Decreto.

Art. 8º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio Tiradentes, em Belo Horizonte, aos 25 de novembro de 2010; 222º da Inconfidência Mineira e 189º da Independência do Brasil.

ANTONIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA, Danilo de Castro, Renata Maria Paes Vilhena, José Carlos Carvalho

Quadro VI - Linhas de Confinis, Lagoa Santa, São José da Lapa e Vespasiano integrada ao Terminal Metropolitano Vilarinho

| | |
|------|--|
| 0114 | 1. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Bela Vista |
| 500C | 2. Terminal Vilarinho/Belo Horizonte (Direta) |
| 501C | 3. Terminal Vilarinho/Belo Horizonte via Antônio Carlos |
| 502H | 4. Terminal Vilarinho/Hospitais via Cristiano Machado |
| 515R | 5. Terminal Vilarinho/Cidade Industrial via Anel Rodoviário |
| 518R | 6. Terminal Vilarinho/Cidade Industrial via Carlos Luz |
| 0614 | 7. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Morro Alto |
| 0714 | 8. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Circular Caieiras |
| 0814 | 9. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Célvia |
| 0914 | 10. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Bernardo De Souza |
| 1114 | 11. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Suely |
| 3001 | 12. Terminal Vilarinho/Lagoinha de Fora via Ovídeo Guerra/Santos Dumont |
| 3002 | 13. Terminal Vilarinho/Lapinha via Ovídio Guerra/Aeronautas |
| 3003 | 14. Terminal Vilarinho/Lapinha via Recanto da Lagoa |
| 3004 | 15. Terminal Vilarinho/Lapinha via Vista Alegre/Aeroporto |
| 3005 | 16. Terminal Vilarinho/Campinho via Francisco Pereira |
| 3006 | 17. Terminal Vilarinho/Campinho via Palmital/Aeronautas |
| 3007 | 18. Terminal Vilarinho/Palmital via Rodoviária |
| 3008 | 19. Terminal Vilarinho/Palmital via Vila Joá |
| 3009 | 20. Terminal Vilarinho/Nossa Senhora de Lourdes via Aeronautas |
| 3010 | 21. Terminal Vilarinho/Morro do Cruzeiro/José Fagundes/Jardim Imperial/Acácias |
| 3011 | 22. Terminal Vilarinho/Lagoa Santa via Aeroporto |
| 3012 | 23. Terminal Vilarinho/Lapinha via Distrito Industrial |
| 5000 | 24. Terminal Vilarinho/São José da Lapa via Cachoeira |
| 5130 | 25. Terminal Vilarinho/São José da Lapa via Dom Pedro I |
| 5140 | 26. Terminal Vilarinho/São José da Lapa via Lar de Minas |
| 5141 | 27. Terminal Vilarinho/São José da Lapa via Maria de Lourdes |
| 5150 | 28. Terminal Vilarinho/São José da Lapa via Inácia de Carvalho |
| 5160 | 29. Terminal Vilarinho/Cachoeira |
| 5162 | 30. Terminal Vilarinho/Lar de Minas |
| 5220 | 31. Terminal Vilarinho/Associação dos Empregados do Comércio |
| 5252 | 32. Terminal Vilarinho/Aeroporto de Confinis |
| 5298 | 33. Terminal Vilarinho/Confinis |

| | |
|------|--|
| 5302 | 34. Terminal Vilarinho/Confins via Aeroporto |
| 5308 | 35. Terminal Vilarinho/Dom Pedro I |
| 5600 | 36. Terminal Vilarinho/São Cosme de Baixo |
| 5610 | 37. Terminal Vilarinho/Morro Alto |
| 5620 | 38. Terminal Vilarinho/Nova Pampulha via Bonsucesso |
| 5630 | 39. Terminal Vilarinho/Jardim Bela Vista |
| 5631 | 40. Terminal Vilarinho/Santa Maria |
| 5635 | 41. Terminal Vilarinho/Nova Pampulha via 3ª e 4ª Seção |
| 5645 | 42. Terminal Vilarinho/Vida Nova via Fazenda Severina |
| 5646 | 43. Terminal Vilarinho/Vida Nova |
| 5670 | 44. Terminal Vilarinho/Jardim da Gloria |
| 5675 | 45. Terminal Vilarinho/Vila Esportiva |
| 5715 | 46. Terminal Vilarinho/Gávea |
| 5716 | 47. Terminal Vilarinho/Gávea via Praça da MRV |
| 5788 | 48. Terminal Vilarinho/Campinho |
| 5800 | 49. Terminal Vilarinho/Conjunto Caieiras A |
| 5805 | 50. Terminal Vilarinho/Conjunto Caieiras B |
| 5815 | 51. Terminal Vilarinho/Celvia |
| 5825 | 52. Terminal Vilarinho/Jane via Imperial |
| 5830 | 53. Terminal Vilarinho/Vista Alegre via Vale Formoso |
| 5835 | 54. Terminal Vilarinho/Nova York |
| 5882 | 55. Terminal Vilarinho/Lagoa Santa |
| 5905 | 56. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Tavares |
| 5915 | 57. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Pedro Leopoldo |
| 5925 | 58. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Cachoeira |
| 5935 | 59. Terminal Vilarinho/Vespasiano via Inácia de Carvalho |

Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Para o atendimento via Corredores Avenida Dom Pedro I e Avenida Presidente Antônio Carlos, o embarque e desembarque ocorrem na Estação Cristiano Guimarães, na Estação Planalto, na Estação São João Batista, na Estação Lagoa do Nado, na Estação Montese, na Estação Monte Castelo, na Estação Santa Rosa, na Estação Mineirão, na Estação UFMG, na Estação Liberdade, na Estação Colégio Militar, na Estação São Francisco, na Estação Cachoeirinha, na Estação Américo Vespúcio, na Estação Aparecida, na Estação Operários, na Estação Hospital Belo Horizonte, na Estação IAPI, na Estação Hospital Odilon Behrens e na Estação SENAI. Pelo corredor da Avenida Cristiano, o embarque e desembarque ocorrem na Estação Minas Shopping, na Estação Ouro Minas, na Estação União, na Estação Cidade Nova, na Estação Feira dos Produtores, na Estação São Judas Tadeu, na Estação Sagrada Família e na Estação Silvano Brandão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando da concepção do SAP do Vetor Norte Metropolitano, várias unidades de conservação foram estabelecidas, mas nem todas concretizadas. Em Confins, por exemplo, onde está localizado também o Aeroporto, iria se criar o Parque Estadual dos Confins e nada avançou para sua efetivação. Assim também aconteceu com os Monumentos Naturais Várzea da Lapa (Lagoa Santa), Experiência da Jaguará (Matozinhos), Santo Antônio (Matozinhos), Vargem da Pedra (Matozinhos), Planalto das Dolinas (Matozinhos e Pedro Leopoldo), Baú e Veredas (sem localizações precisas), Lapa Vermelha (Pedro Leopoldo) e Escrivantina (Prudente de Moraes). Para a região também foram previstos os Parques Estaduais Cerca Grande (Matozinhos), Poções (Matozinhos) e Serra do Sobrado (São José da Lapa), bem como três Refúgios da Vida Silvestre Cauaia (Matozinhos), Serra das Aroeiras (Pedro Leopoldo), e Macaúbas (Santa Luzia) umas unidades de conservação foram criadas e implantadas e outras não. Conclui-se, a partir daí que medidas de compensação são emergenciais, sendo sugerida a criação do Parque Estadual Metropolitano da Granja Werneck e ampliação do Parque Zoológico do Bairro Planalto.

O Parque Estadual Metropolitano da Granja Werneck, a ser criado como compensação ambiental pelos impactos ambientais diretos e indiretos do Terminal Vilarinho, ficaria no Bairro Hugo Werneck, um vazio urbano da região administrativa Norte de Belo Horizonte. Na região, com 925 hectares de vegetação nativa, serão edificadas cerca de 70 mil residências, sendo que há projeto com Licença Prévia abonado pelo Estado, para a disposição de mais de 13 mil unidades do programa "Minha Casa, Minha Vida", no lugar, dentro do prazo de dez anos. As moradas, compreenderão equipamentos urbanos diversificados e as estruturas indispensáveis para a qualidade de vida. As edificações nesta área, acolherão 80% das pessoas que ganham até três salários mínimos. De acordo com o plano, dois terços do espaço seriam conservados, transformando-se em parque municipal (com extensão equivalente ao Parque Prefeito Maurício Campos, localizado no Bairro das Mangabeiras). A concepção computa ainda com praças, estruturas públicas e duas novas grandes alamedas para acesso rodoviário.

Um trecho de 50 hectares, em Belo Horizonte, foi ocupada por 4.000 famílias no dia 18 de julho de 2013, entre o bairro Jaqueline e do conjunto Zilah Sposito, hoje popularmente chamada de Ocupação Rosa Leão. Outro espaço de 350 hectares da Granja Werneck, foi ocupada por 14.000 famílias no dia 04 de agosto de 2013, perto dos Bairros Baronesa e Londrina na divisa com Santa Luzia, hoje conhecidas como Ocupação Esperança e Ocupação Vitória. As áreas verdes que ainda não tenha nenhuma ocupação urbana e que está, de fato na área prevista para as obras do programa Minha Casa Minha Vida, precisam ser examinadas com vistas à implantação do Parque Estadual Metropolitano da Granja Werneck. Efetivamente, as Ocupações Esperança, Rosa Leão e Vitória, precisam emergencialmente de regularização e regulamentação para que políticas públicas se

efetivem junto aos seus moradores, para que o restante da área se torne de fato, um grande parque urbano para a capital e para o vetor norte da RMBH. Por último a Mata do Maciel deve ser anexada à área do Parque Municipal do Bairro Planalto, salvando assim um dos últimos remanescentes de ecossistema natural do distrito de Venda Nova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE. **Informações sobre a Cidade de Vespasiano.** Disponível em <<http://www.agenciarmbh.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/produto-9-Vespasiano-1.pdf>> Acesso em 15 Out. 2022

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTRADAS DE RODAGEM. **Consulta Linhas de ônibus do Transporte metropolitano.** Disponível em <http://www.consultas.der.mg.gov.br/grgx/sgtm/consulta_linha.xhtml> Acesso em 15 Out. 2022

MINAS EM PAUTA. **Monumento Natural Estadual Várzea da Lapa.** Disponível em <<https://minasempauta2.wordpress.com/tag/monumento-natural-estadual-varzea-da-lapa/>> Acesso em 15 Out. 2022

MOVE METROPOLITANO. **Informações sobre linha de ônibus do Terminal Metropolitano Morro Alto.** Disponível em <<https://movemetropolitano.com.br/terminal-morro-alto>> Acesso em 15 Out. 2022

MOVE METROPOLITANO. **Informações sobre linha de ônibus do Terminal Metropolitano Vilarinho.** Disponível em <<https://movemetropolitano.com.br/terminal-vilarinho>> Acesso em 15 Out. 2022

PLANO METROPOLITANO RMBH. **Revisão do Plano Diretor de Vespasiano.** Disponível em <<http://www.rmbh.org.br:8081/plano/index.php?mun=vespasiano>> Acesso em 15 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE CONFINS. **Plano Diretor de Confins.** Disponível em <confins.mg.gov.br/arquivos/plano_diretor_-_lc_12_2009_22115139.pdf> Acesso em 15 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE LAGOA SANTA. **Plano Diretor de Lagoa Santa.** Disponível em <<https://www.lagoasanta.mg.gov.br/legislacao/category/325-plano-diretor>> Acesso em 15 Out. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DA LAPA. **Plano Diretor de São José da Lapa.** Disponível em <https://saojosedalapa.mg.gov.br/publicos/lei_n-1039_05024207.pdf> Acesso em 15 Out. 2022

SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Reunião do COPAM - Conselho Estadual de Política Ambiental.** Disponível em <http://sistemas.meioambiente.mg.gov.br/reunioes/uploads/yOB2Me2jRhqS09E9i7aYd0dEv11ZvM_R.pdf>. Acesso em 15 Out. 2022

SITE FANDOM. **Sistema de ônibus por Territórios DER-MG.** Disponível em <[https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema de Territ%C3%B3rios \(DER-MG\)](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Territ%C3%B3rios_(DER-MG))> Acesso em 15 Out. 2022

TO NO PONTO. **Dados sobre a Viação Buião - Vespasiano.** Disponível em <<http://tonoponto.com/itinerario-horarios-de-onibus/mg-vespasiano-viacao-buiao/>> Acesso em 15 Out. 2022

VCE ENGENHARIA. **Relação de Bairros de Vespasiano.** Disponível em <<https://vicengenharia.com.br/bairros-de-vespasiano/>> Acesso em 15 Out. 2022

A ONU E OS DIREITOS HUMANOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a ONU e os direitos humanos. Os direitos humanos são uma garantia de valores de abrangência universal. O objetivo é garantir o mínimo para a vida humana ser digna e respeitada segundo as próprias liberdades.

PALAVRAS-CHAVE: ONU; Direitos humanos.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente la ONU y los derechos humanos. Los derechos humanos son garantía de valores que tienen alcance universal. El objetivo es garantizar los mínimos para que la vida humana sea digna y respetada según las propias libertades.

PALABRAS CLAVE: ONU; Derechos humanos.

ABSTRACT: This article aims to briefly analyze the UN and human rights. Human rights are a guarantee of values that are universal in scope. The objective is to guarantee the minimum for human life to be dignified and respected according to one's own freedoms.

KEYWORDS: UN; Human rights.

INTRODUÇÃO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (em francês: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) é um documento culminante da Revolução Francesa, que define os direitos individuais e coletivos dos homens (tomada, teoricamente, a palavra na acepção de "seres humanos") como universais. Inspirada na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova

era. Elaborado durante a Revolução Francesa de 1789, e que iria refletir a partir de sua divulgação, um ideal de âmbito universal, ou seja, o de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, acima dos interesses de qualquer particular.

Organização das Nações Unidas (ONU), ou simplesmente Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional. Uma substituição à Liga das Nações, a organização foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a intenção de impedir outro conflito como aquele. Na altura de sua fundação, a ONU tinha 51 estados-membros; hoje são 193. A sua sede está localizada em Manhattan, Nova York, e possui extraterritorialidade. Outros escritórios situam-se em Genebra, Nairóbi e Viena. A organização é financiada com contribuições avaliadas e voluntárias dos países-membros. Os seus objetivos incluem manter a segurança e a paz mundial, promover os direitos humanos, auxiliar no desenvolvimento econômico e no progresso social, proteger o meio ambiente e prover ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) da Organização das Nações Unidas afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência, e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. A ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos com o objetivo de evitar guerras, promover a paz mundial e de fortalecer os direitos humanitários. A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem uma importância mundial, apesar de não obrigar juridicamente que todos os Estados a respeitem. Para a Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como ideal ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que todos tenham sempre em mente a Declaração, para promover o respeito a esses direitos e liberdades.

Uma pesquisa exploratória, qualitativa-quantitativa, documental e bibliográfica devido a grande importância da ONU, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na defesa dos direitos humanos em nível mundial.

DESENVOLVIMENTO

Após a Revolução Francesa em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão concedeu liberdades específicas da opressão, como uma "expressão da vontade geral". O povo de França levou a cabo a abolição da monarquia absoluta e o estabelecimento da primeira República Francesa.

Ela define direitos "naturais e imprescritíveis" como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração reconhece também a igualdade, especialmente perante a lei e a justiça. Por fim, ela reforça o princípio da separação entre

os poderes.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) foi um marco histórico muito importante para o mundo ocidental, pois representou a base do sistema democrático ocidental e que até hoje influencia a vida dos cidadãos, principalmente porque significa mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida. A democracia, inserida na Declaração dos Direitos Humanos, nesse fim de século, tende a se tornar, ou já se tornou, o mais importante direito dos povos e dos cidadãos. É um direito de qualidade distinta, de quarta geração que garante aos cidadãos a liberdade conquistada através da democracia plena.

Com a Revolução Francesa e a defesa dos ideais “liberté, égalité, fraternité”, houve a derrubada de um dos mais importantes símbolos do totalitarismo francês, conhecida como A Queda da Bastilha. Foi neste momento que a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Centrada na ideia de definir os direitos individuais e coletivos dos homens como universais, o documento se propõe a promover a liberdade, igualdade e fraternidade. O documento, com 17 artigos e um preâmbulo dos ideais libertários e liberais da Revolução Francesa, representa um marco importantíssimo, pois foi a partir dele que outros surgiram, sempre defendendo os direitos da pessoa humana.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789)

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consentir-lhe livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. (In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas São Paulo, Ed. Saraiva, 1978).

A Declaração contribuiu para a positivação de importantes direitos inerentes à toda pessoa humana, que hoje estão positivados em todos os textos referentes aos direitos humanos, bem como em todas as legislações constitucionais dos países democráticos.

O espírito da Revolução Francesa influenciou não só as nações europeias, mas

diversas regiões de todo o mundo, existindo relatos de citações ocorridas no Brasil, na Conspiração Baiana de 1798, claramente influenciadas pelas mesmas ideias que fizeram sucumbir a Bastilha. Além disso, o texto da Declaração serviu de base para similares na Europa, e, integra, até hoje, o direito positivo francês, como parte integrante da sua constituição (FRANCE, 2012).

A importância desse documento nos dias de hoje é ter sido a primeira declaração de direitos e fonte de inspiração para outras que vieram posteriormente, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas), em 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

Durante a Segunda Guerra, o presidente estadunidense, Franklin D. Roosevelt, começou a discutir a criação de uma agência que sucederia a Liga das Nações, e a Carta das Nações Unidas foi elaborada em uma conferência em abril-junho de 1945; a carta entrou em vigor a 24 de outubro de 1945, e a ONU começou a operar. A sua missão de promover a paz foi complicada nas suas primeiras décadas de existência, por culpa da Guerra Fria, entre Estados Unidos, União Soviética e seus respectivos aliados. Teve participação em ações importantes na Coreia e no Congo-Léopoldville, além de ter aprovado a criação do estado de Israel em 1947.

O número de integrantes cresceu bastante após o grande processo de descolonização na década de 1960, ocorrido principalmente na África, na Ásia e na Oceania, e, na década seguinte, seu orçamento para programas de desenvolvimento social e econômico ultrapassou em muitos seus gastos com a manutenção da paz. Após o término da Guerra Fria, a ONU assumiu as principais missões militares e de paz ao redor do globo, com diferentes níveis de sucesso. A organização foi laureada com o Nobel da Paz em 2001, e alguns de seus oficiais e agências também ganharam o prêmio. Outras avaliações da eficácia da ONU são mistas. Alguns analistas afirmam que as Nações Unidas são uma força importante no que tange manter a paz e o estimular o desenvolvimento humano, enquanto outros adjetivam-na de ineficiente, corrupta ou tendenciosa.

Seis órgãos principais compõem as Nações Unidas: a Assembleia Geral (assembleia deliberativa principal); o Conselho de Segurança (para decidir determinadas resoluções de paz e segurança); o Conselho Econômico e Social (para auxiliar na promoção da cooperação econômica e social internacional e desenvolvimento); o Conselho de Direitos Humanos (para promover e fiscalizar a proteção dos direitos humanos e propor tratados internacionais sobre esse tema); o Secretariado (para fornecimento de estudos, informações e facilidades necessárias para a ONU) e o Tribunal Internacional de Justiça (o órgão judicial principal). Além desses, há órgãos complementares de todas as outras agências do Sistema das Nações Unidas, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), o

Programa Alimentar Mundial (PAM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). O cargo mais alto ocupado na ONU é o de secretário-geral.

A Organização das Nações Unidas surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações, que foi criada em 1919 depois da Primeira Grande Guerra.

O nome Nações Unidas foi concebido por Franklin Delano Roosevelt, presidente dos Estados Unidos, na época da elaboração da Declaração das Nações Unidas em primeiro de janeiro de 1942, durante a Segunda Guerra Mundial. Na ocasião, representantes de 26 países estabeleceram o compromisso de lutar juntos contra as potências do Eixo, formado por Alemanha, Itália e Japão.

A primeira carta da organização foi assinada por 50 países, em 26 de junho de 1945, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. O evento foi realizado de 25 de abril a 26 de junho, em São Francisco, nos Estados Unidos. A Polônia, que não teve representante na conferência, assinou a declaração mais tarde e se tornou o 51º Estado fundador da ONU.

Para elaborar um documento, os delegados se basearam em propostas formuladas por representantes da China, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Soviética, apresentadas em Dumbarton Oaks, de agosto a outubro de 1944.

Mas, oficialmente, a Organização das Nações Unidas passou a existir a partir de 24 de outubro de 1945, quando a carta foi ratificada pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido, União Soviética e pela maioria dos países membros-fundadores. Nesta data comemora-se o Dia das Nações Unidas.

Fundada por 51 países, entre eles o Brasil, a ONU, hoje, conta com mais de 193 países membros. Apesar do prédio das Nações Unidas está em Nova York, a ONU é território internacional.

A missão da ONU é fomentar a paz entre as nações, cooperar com o desenvolvimento sustentável, monitorar o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais e organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos.

O sistema ONU é complexo. Conta com Organismos, possui quinze agências especializadas. Elas atuam em áreas como saúde, finanças, agricultura, aviação civil e telecomunicações, entre outras. Elas são entidades independentes vinculadas às Nações Unidas por acordos especiais. As agências se reportam ao Conselho Econômico e Social ou à Assembleia Geral.

AIEA Agência Internacional de Energia Atômica

Bird Banco Mundial

FAO Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação

Fida Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola

FMI Fundo Monetário Internacional

Icao Organização de Aviação Civil Internacional

OIT Organização Internacional do Trabalho

OMI Organização Marítima Internacional

OMM Organização Meteorológica Mundial

OMPI Organização Mundial da Propriedade Intelectual

OMS Organização Mundial de Saúde

UIT União Internacional de Telecomunicações

Unesco Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Unido Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial

UPU União Postal Universal

A Assembleia Geral é o órgão principal da ONU e tem caráter deliberativo, nela estão representados todos os países membros, cada um com direito a um voto. O dia das Nações Unidas se celebra no 24 de outubro.

A ONU, é ainda hoje o principal organismo internacional e visa essencialmente:

Preservar a paz e a segurança mundial;

Estimular a cooperação internacional na área econômica, social, cultural e humanitária;

Promover a respeito às liberdades individuais e aos direitos humanos.

Os seis principais órgãos da ONU são:

a) Conselho de Segurança

Tem quinze membros, dos quais cinco — China, Estados Unidos, França, Grã-

Bretanha e União Soviética — são permanentes e dotados do poder de veto, isto é, qualquer uma dessas potências tem direito a bloquear uma decisão do Conselho. Os dez membros não permanentes são eleitos pela Assembleia Geral por um período de dois anos.

b) Assembleia Geral

O principal corpo deliberativo, reúne to-dos os países-membros, com direito a um voto cada. Suas sessões regulares são convocadas anualmente, em setembro, mas podem ser realizadas outras, especiais ou de emergência.

c) Conselho de Tutela

Controla os territórios colocados sob tutela da ONU. Em 1982 restava apenas o Território das Ilhas do Pacífico nessas condições.

d) Secretariado

As funções administrativas da ONU são desempenhadas pelo Secretariado Geral, dirigido pelo mais alto funcionário da organização, o secretário geral, eleito pela Assembleia Geral por cinco anos, com direito a reeleição.

e) Corte Internacional de Justiça

Principal órgão jurídico da ONU, julga as disputas que surgem entre os países. Compõe-se de quinze juízes, de diferentes nacionalidades, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, para um período de nove anos. Tem sua sede em Haia, Holanda. Devido ao número de países-membros e à gama de atividades de que se ocupa, a ONU é a entidade supranacional mais abrangente. Há, porém, numerosas outras, de caráter regional ou voltadas para assuntos específicos, principalmente atividades econômicas e militares (segurança coletiva).

f) Conselho Econômico e Social

Sua principal função é promover a cooperação cultural, o respeito pelos direitos humanos e o progresso econômico e social. Reúne 54 membros e trabalha através dos órgãos subsidiados, como por exemplo, a Comissão de Direitos Humanos, a Comissão sobre a Situação da Mulher e a Comissão Populacional.

DA ONU também fazem parte importantes órgãos especializados como a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), a FAO (Organização para Agricultura e Alimentação), o UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a OMS (Organização Mundial da Saúde), entre outros.

A Organização das Nações Unidas foi criada logo após a Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações. Dos 193 países reconhecidos pela comunidade internacional, somente Taiwan e Roma não integram o corpo de membros da ONU. Todos eles colaboram na sustentação financeira por meio de doações sistemáticas.

O valor a ser pago é calculado a partir de critérios variados, como o produto interno bruto, o lugar que o país ocupa na economia mundial e sua capacidade de pagar. No total, as contribuições contabilizam, em média, 2,3 bilhões de dólares.

Durante todos os anos passados a Humanidade não inventou um instrumento mais eficaz do apoio à paz e segurança no planeta. Justamente a sede da ONU em Nova York é o lugar onde são debatidas as vias da solução dos conflitos no Iraque e Afeganistão, no Oriente Médio, no Sudão e em outras partes do Universo. Os funcionários desta organização estão presentes em 15 operações de paz, e em dez delas ali está também a Rússia. Justamente a ONU que desempenha o papel principal na solução do problema do desarmamento e na luta contra a proliferação da arma de destruição em massa. Isso tem confirmação com a situação em torno dos programas nucleares do Irã e Coréia do Norte, acompanhado pela Agencia Internacional de Energia Atômica (AIEA) – que é uma instituição especializada da ONU. A luta contra o terrorismo também se tornou um dos principais cuidados da Organização. Ela elabora das vias, métodos e recursos do combate a este mal da modernidade. Ninguém pode negar que também cabe à ONU o papel importante na solução dos problemas socioeconômicos, humanitários e culturais com que a Humanidade se depara. Finalmente, sem dúvida alguma que esta organização internacional é o centro da luta pela garantia dos direitos e liberdades do Homem.

Dissemos tudo, porém não podemos fechar os olhos aos problemas e deficiências da ONU: eficácia insuficiente, morosidade, grande burocracia, e agora a corruptibilidade. Visivelmente que chegou o momento da questão sobre a ampliação da composição do Conselho de Segurança, inclusive o aumento do número dos seus membros permanentes. E não é em vão que a questão sobre as reformas na ONU há muito que consta na agenda.

Nenhuma pessoa sensata irá negar as queixas citadas e outras possíveis com relação à ONU. Moscou vê isso muito bem, tanto é que há muito se expressa pelas reformas na Organização. Ao mesmo tempo a Rússia também rejeita insistentemente e com argumentos as tentativas de desvalorizar o papel da ONU, de prejudicar a sua autoridade e empreender ações unilaterais desprezando esta importante estrutura internacional. Falando sobre tudo isso, podemos dizer com confiança que também neste século a ONU continua como principal campo internacional para os relacionamentos interétnicos e interestatais, bem como para solução dos mais graves problemas globais, regionais e locais; escreveu Victor Enikeiev.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

Os direitos humanos são uma garantia de valores de abrangência universal. O objetivo é garantir o mínimo para a vida humana ser digna e respeitada segundo as próprias liberdades. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos significam a garantia de proteção às pessoas. Isso abrange as ações (ou falta delas) por parte do Estado que possam pôr em risco a dignidade da vida humana.

Principais direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, veja o resumo dos artigos da Declaração:

1. Todos os seres humanos são livres e iguais em direitos e dignidade.
2. Capacidade e liberdade para viver sem discriminação.
3. Direito à vida, liberdade e segurança.
4. Nenhuma pessoa deve ser escravizada.
5. Ninguém deve ser torturado ou receber tratamento cruel.
6. Direito de reconhecimento como pessoa.
7. Igualdade perante a lei.
8. Direito de acesso à justiça quando direitos forem violados.
9. Ninguém deve ser preso arbitrariamente.
10. Todas as pessoas têm direito a julgamento justo.
11. Direito à presunção de inocência até que a culpa seja provada
12. Proteção à vida privada e familiar.
13. Liberdade de movimentação e de deixar e voltar a qualquer país.
14. Direito de procurar asilo em outros países.
15. Direito de ter uma nacionalidade.
16. Direito ao casamento e à família.
17. Proteção da propriedade.
18. Liberdade de fé e prática religiosa.

19. Liberdade de expressão e de opinião.
20. Liberdade para participação em associações.
21. Acesso ao governo e ao serviço público do seu país.
22. Direito à segurança e proteção do Estado.
23. Direito ao trabalho e proteção ao desemprego.
24. Direito ao descanso e ao lazer.
25. Padrão de vida que garanta saúde e bem-estar à família.
26. Direito à educação, gratuita nos anos fundamentais.
27. Acesso às artes, cultura e ciências.
28. Direito de viver em uma sociedade justa e livre.
29. Cumprimento de deveres com a comunidade, de acordo com os princípios das Nações Unidas.
30. Proteção dos direitos determinados na Declaração.

CONCLUSÃO

Um marco para a concretização da dignidade do povo francês, que se via encurralado pela opressão do Regime Absolutista, e procurava meios para a sua libertação. As principais ideias da Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A difusão pelo mundo do lema de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, acima de quaisquer dos interesses de qualquer particular.

Um dos principais desafios encontrados pelas Nações Unidas é seu limitado poder, devido à falta de autoridade sobre os estados membros. A ONU normalmente condena violações aos direitos humanos e outros atos de terror; porém, a não ser que apoiada por seus membros, tem pouco poder de ação. Muitos países o relutam em ceder sua própria autoridade e seguir as ordens da ONU. A finalidade do órgão é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos. Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

A garantia dos direitos humanos universais é feita por lei, através de tratados

internacionais que nada mais são do que acordos entre os países que se comprometem a cumprir regras específicas. Eles podem ser elaborados por meio de pactos, cartas, protocolos, convenções ou acordos. A Declaração dos Direitos Humanos na atualidade é um mediador que visa equilibrar as relações entre as nações e entre a própria nação e seu povo, visando propagar o respeito, a dignidade, a liberdade e a igualdade como forma de lançar o homem à frente da ordem econômica e política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCE. **La Constitution de la V République**. Paris: Gualino, 2012.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 19 out. 2022.

VIVA, MARCUS CLÁUDIO ACQUA; APUD. FERREIRA FILHO, MANOEL G. ET. ALI. **In Textos Básicos sobre Derechos Humanos**. Madrid. Universidad Complutense, 1973. **Liberdades Públicas** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

PROGRAMA DE TRATAMENTO FORA DE DOMICÍLIO (TFD) COMO POLÍTICA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: FUNDAMENTOS NORMATIVOS E UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DAS SELVAS – MA

ISAAC SILVA E SILVA: Acadêmico do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/Unisulma.

CLÓVIS MARQUES DIAS JÚNIOR¹⁷⁵

(coautor)

RESUMO: O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) aborda a seguinte temática: Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) como política de concretização do direito à saúde: fundamentos normativos e uma análise da experiência do Município de Bom Jesus das Selvas – MA, e se encontra fundamentado em uma pesquisa bibliográfica que culminou com a revisão de literatura focada na ideia de investigar como o Programa de Tratamento Fora de Domicílio tem contribuído para a concretização do direito constitucional à saúde. Faz-se necessário enfatizar que a investigação acerca da Portaria nº. 55, de 24 de setembro de 1999, que regulamenta e direciona o Tratamento Fora de Domicílio (TFD), em âmbito nacional, é o grande fator motivador para a elaboração desse TCC. Para tanto, tomou como objetivo central o ato de discutir o Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) como política de concretização do direito constitucional à saúde em âmbito nacional, estadual e municipal. Com relação a metodologia, fora desenvolvida uma pesquisa do tipo qualitativa e descritiva por meio de uma revisão bibliográfica inspirada através de artigos, revistas científicas e livros publicados no Brasil e no mundo. Por conseguinte, trata-se de um trabalho repleto de fontes teóricas, argumentações e ideias construídas por intermédio da pesquisa, contemplando os objetivos e anseios acadêmicos, inspirando e elevando um olhar novo e instigante no campo do Direito.

Palavras-chave: saúde, tratamento, dever, direitos, Portaria, Constituição.

ABSTRACT: The present Course Conclusion Work (TCC) addresses the following theme: Out of Home Treatment Program (TFD) as a policy for the realization of the right to health: normative foundations and an analysis of the experience of the Municipality of Bom Jesus das Selvas - MA, and is based on a bibliographic research that culminated in a literature review focused on the idea of investigating how the Out of Home Treatment Program has

¹⁷⁵ Doutorando em Direito (UNICEUB). Mestre em Educação (UFMA). Especialista em Direito Constitucional (UNIDERP) e em Gestão Pública (UFMA). Bacharel em Direito (UFMA)

Professor do Curso de Direito da Unisulma.

contributed to the realization of the constitutional right to health. It is necessary to emphasize that the investigation about Ordinance no. 55, of September 24, 1999, which regulates and directs Out-of-Home Treatment (TFD), at the national level, is the great motivating factor for the elaboration of this TCC. To this end, it took as its central objective the act of discussing the Out of Home Treatment Program (TFD) as a policy to implement the constitutional right to health at the national, state and municipal levels. Regarding the methodology, a qualitative and descriptive research was developed through a bibliographic review inspired by articles, scientific journals and books published in Brazil and in the world. Therefore, it is a work full of theoretical sources, arguments and ideas built through research, contemplating academic goals and aspirations, inspiring and elevating a new and thought-provoking look at the field of Law.

Keywords: health, treatment, duty, rights, Ordinance, Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso – TFD, aborda o seguinte tema de pesquisa: Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) como política de concretização do direito à saúde: fundamentos normativos e uma análise da experiência do Município de Bom Jesus das Selvas – MA.

Uma das razões de pesquisar o tema “Tratamento Fora de Domicílio – TFD”, partiu da necessidade de expandir os conhecimentos acerca da política de concretização do direito à saúde. A outra fonte motivadora é o fato de possuir experiência à frente do setor de TFD da Secretaria de Saúde do Município de Bom Jesus das Selvas.

A investigação acerca da Portaria SAS/GM nº. 55, de 24 de setembro de 1999, que regulamenta o Tratamento Fora de Domicílio (TFD), em âmbito nacional, é um dos fatores preponderantes e motivadores desse projeto de pesquisa, uma vez que ajuda a revelar os deveres do Estado para com a promoção à saúde e o bem-estar de seu povo. Assim, expor o papel do Poder Público em todas as suas esferas, quanto ao funcionamento adequado do TFD é uma das prioridades deste trabalho.

De acordo com o tema e a motivação pela referida pesquisa, faz-se necessário expor a seguinte problemática: Como o Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) contribuiu para concretização do direito constitucional à saúde? Fazer essa indagação é uma forma de expor alguns pontos cruciais que elevam ou dificultam a natureza do programa TFD seguindo a lógica da concretização do direito constitucional à saúde.

Outro ponto pertinente a se analisar é o objetivo geral que tem como meta discutir o Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) como política de concretização do

direito constitucional à saúde, com o intuito de observar o funcionamento deste Programa em âmbito nacional, estadual e municipal.

Também vale destacar os objetivos específicos, são estes: Esclarecer o programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) de acordo com os fundamentos e sua portaria normativa, visando explicitar o dever do Estado para com a atuação à frente do programa TFD; Abordar a legislação que fundamenta e regula o programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD, cujo objetivo seja conscientizar a sociedade dos seus direitos como cidadão; Observar as ações legais desenvolvidas pelo município de Bom Jesus das Selvas para a concretização do programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD), com o propósito de analisar as ações do município para tornar o programa acessível a todos os cidadãos bonjesuenses.

Para conduzir o trabalho e, assim pôr em prática os objetivos gerais que motivaram esse Trabalho de Conclusão de Curso foi proposto uma pesquisa do tipo exploratória, construída por meio de um levantamento bibliográfico acerca da temática “Tratamento Fora de Domicílio – TFD”.

O procedimento técnico e/ou pesquisa bibliográfica foi estruturada com base em obras literárias, artigos e revistas científicas pesquisadas em *site* especializados que oferecem uma base de dados específicos como, por exemplo, *SCIELO*, Portal CAPES.

Quanto ao método de procedimento que será utilizado optou pelo monográfico, de maneira que este complementa o Trabalho de Conclusão de Curso – TCC. Também é importante enfatizar a aplicabilidade da abordagem qualitativa, considerando o contexto e características presentes mediante situação problema que motivou a pesquisa.

O trabalho revela um teor científico fundamentado sob olhar crítico e estrutural sugerido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e, por isso, poderá servir como material e/ou fonte de estudo, leitura e discussão por parte da comunidade acadêmica e demais setores da sociedade.

Tal estudo pode contribuir diretamente para a implementação de um diagnóstico da saúde em âmbito estadual/municipal, apontando possíveis deficiências dos serviços, assim como revelar eventuais brechas na legislação que insistem em dificultar o atendimento e/ou tratamento para uma parcela da população que não dispõe de recursos financeiros suficientes para custear o tratamento na rede privada de saúde.

Por conseguinte, sabe-se que o presente Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, tem como objetivo central discutir o Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD), observando a contribuição para com a concretização do direito constitucional à saúde e, por isso tem importância legal e jurídica de acordo com os princípios que regem o Direito

do cidadão, podendo este tema interessar toda a comunidade acadêmica e a sociedade em geral em prol de um debate com foco na melhoria do TFD em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde.

2 Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD): o dever do Estado para com a atuação à frente do programa TFD

A Constituição Federal de 1988 é o certificado que compreende as atuais leis, regras e normas da República Federativa do Brasil (1). Os artigos 197 e 198 presentes nessa Carta Magna concedeu a criação da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, exemplificada pela então Portaria Federal nº 055, de 24 de fevereiro de 1999 ligada a Secretaria de Assistência à Saúde/Ministério da Saúde responsável pela criação o Programa Tratamento Fora de Domicílio (TFD) (1).

A referida Portaria Federal nº 055 de 24 de fevereiro de 1999, expõe os papéis e deveres do Estado para com a atuação à frente do programa TFD, sendo este o tema que motivou o presente trabalho de pesquisa. Faz-se necessário a exemplificação literária acerca dessa portaria, de modo que, a partir dessa leitura possa debater a incumbência do poder público, em todas as suas esferas, municipal, estadual e federal (1).

Para efeito de esclarecimento, o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) é um programa do governo federal criado por meio da Portaria Federal supracitada e, é tida como um benefício voltado aos cidadãos/pacientes que necessita de atendimento e assistência médica especializada oferecida pela rede pública ou por meio de convênio e/ou contrato com o Sistema Único de Saúde (SUS), que pode ser acionado quando o município e/ou estado não dispõe de tratamento adequado nas referidas localidades em que o contribuinte mora (2).

Neste contexto, ao qual a lei estabelece e delibera a responsabilidade de cuidar da saúde do cidadão, é importante que este saiba exigir o cumprimento da lei, pois o dever de arcar com o tratamento de pacientes que não dispõem de recursos financeiros suficientes e, por isso mesmo, precisam incondicionalmente da rede pública para buscar o tratamento de saúde, é do Estado e, cabe a este, o papel de possibilitar os meios para que o paciente busque assistência em seu tratamento junto à Prefeitura ou Secretaria Estadual de Saúde (2).

O Artigo 196 da Constituição esclarece que a saúde é tida como o bem maior do indivíduo e, portanto, deve ser compreendida como um direito e um dever do Estado, sustentado pelo pressuposto político, social e econômico priorizando a prevenção e o risco de doença concebendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação de enfermidades diversas (1). Logo, cabe ao cidadão

e/ou a família do paciente se inteirar desse preceito e saber lutar por seus direitos acionando os órgãos judiciais competentes em prol de um tratamento de qualidade, sem frustrações e/ou traumas.

Através da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que estabelece a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), surge a necessidade de propor a composição de programas voltados para a assistência à saúde como, por exemplo, o Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD). Por intermédio deste, o cidadão passava a ter o direito, garantido pelo Estado, ao provimento de passagens para atendimento médico, cirurgia, tratamento terapêutico adequado de alta complexidade, a todos os pacientes atendidos de forma exclusiva pelo Sistema Único de Saúde, em outros municípios, atribuído também o direito a ajuda de custo para alimentação e hospedagem tanto para o enfermo, quanto para o seu acompanhante, quando necessário for (3).

Um dos procedimentos exigidos para que o paciente possa receber auxílio direto por parte do TFD, depende de algumas etapas burocráticas, incluindo o preenchimento de um formulário de TFD realizado pelo médico que acompanha o paciente enfermo. A Portaria Federal nº 055, de 24 de fevereiro de 1999, esclarece ainda, a importância desse documento supracitado vim acompanhado de laudo médico, que por sua vez, deverá seguir para minuciosa avaliação por parte de uma comissão nomeada pelo gestor municipal/estadual, ao qual deverá ser aprovada ou não. O Documento ainda revela a necessidade, em alguns casos, de o gestor solicitar exames ou documentos que especifiquem cada caso de saúde e/ou necessidade apresentada pelo paciente (1).

Sabe-se que por meio do TFD o cidadão que apresenta doença renal crônica pode buscar atendimento médico especializado em outros municípios e/ou estados, quando esgotadas as possibilidades de tratamento terapêutico/curativo no município onde reside (1). A referida Portaria Federal revela que a referência é a capital do Estado onde o paciente mora e, quando este centro não dispuser de tratamento adequado, o Estado deverá custear despesas diversas com transporte, seja este, aéreo, terrestre ou fluvial, assim como, arcar com diárias para alimentação e, em alguns casos específicos, pernoite tanto para o paciente como para o seu acompanhante. Em caso de óbito do paciente, deverão ser custeadas as despesas com o traslado do corpo que estejam assegurados pelo Programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD (1).

A Portaria Federal nº 055, de 24 de fevereiro de 1999, com base no que está previsto na Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, ambas asseguradas pelos artigos 197 e 198 da Constituição Federal de 1988, destaca alguns incisos importantes a se saber:

- (i)** só será autorizado quando esgotados todos os meios de tratamento dentro do município;
- (ii)** será concedido, exclusivamente, ao paciente atendido na rede pública, ambulatorial e hospitalar, conveniada ou contratada do SUS;
- (iii)** o atendimento precederá agendamento na unidade de referência;
- (iv)** a autorização de transporte aéreo para pacientes/acompanhantes será precedida de rigorosa análise dos gestores do SUS;
- (v)** é vedado o acesso de pacientes a outro município para tratamento que utilizem procedimentos assistenciais contidos no Piso da Atenção Básica;
- (vi)** para cada procedimento de alta complexidade são definidos critérios específicos normatizados pelas portarias do Ministério da Saúde;
- (vii)** será autorizado de acordo com a disponibilidade orçamentária do Município/Estado de origem do paciente;
- (viii)** não será concedido se o deslocamento for menor do que cinquenta quilômetros de distância e em regiões metropolitanas;
- (ix)** somente é autorizado quando existir a garantia de atendimento no município de referência, com horário e data definido previamente;
- (x)** o acompanhamento deverá retornar à localidade de origem se houver internação do paciente, salvo quando, a critério médico, for aconselhada a sua permanência;
- (xi)** quando da alta do paciente houver necessidade de acompanhante para seu retorno, o órgão de TFD de origem providenciará o deslocamento do mesmo;
- (xii)** é vedado o pagamento de diárias a pacientes que, encaminhados ao TFD, permaneçam hospitalizados no município de referência;
- (xiii)** a Secretaria de Estado da Saúde poderá reembolsar ao paciente as despesas com diárias e passagens nos deslocamentos para fora do Estado, quando se tratar de casos de comprovada urgência, em que não se tenha tempo hábil de formalizar a devida solicitação, a qual deverá ser providenciada logo após o retorno e encaminhada via Gerência Regional de Saúde, caso o paciente possua o processo de TFD autorizado previamente.

De acordo com esses incisos, fica claro que é dever do Estado prestar assistência plena aos pacientes por meio do Tratamento Fora de Domicílio – TFD, de maneira a compensar as falhas apresentadas pelo próprio Sistema Único de Saúde – SUS que precisa fazer valer a atenção integral à saúde, abrangendo todos os níveis de tratamento e assistência médica, de modo a respeitar o direito de todos os cidadãos, obedecendo os princípios da legalidade. Com base nisso, (12), explica que a concessão dos direitos sociais precisa atuar de acordo com a chamada prestação positiva, ou seja, em outras palavras, segundo o autor, “obrigação de fazer dos Poderes Públicos”, classificando como direitos prestacionais ou direitos de promoção, que no caso da saúde pública é mantido pelo Estado. Nesse sentido, é mais que necessário ao cidadão/paciente ter plena consciência dos seus direitos, pois conhecendo a lei torna-se mais fácil exigir os direitos com relação à saúde (12).

No que diz respeito as ações e serviços direcionados à saúde pública, (13), revela que tais atos estão interligados a construção de um sistema único, dirigido ao público em geral, ainda que em alguns casos possa receber assistência advinda da iniciativa privada. O autor chama a atenção para a conjuntura atual em que se encontra a saúde pública brasileira, assim como a assistência social que deverá ser direcionada ao cidadão que desta necessitar. Para (13), com relação a assistência social: “Tem como objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, às crianças e adolescentes carentes”.

A observação de (13) é generalizada e, por isso mesmo dirigida a todos os cidadãos, de todas as faixas etárias e, suas respectivas necessidades de tratamento e ou auxílio médico especializado. No caso dos pacientes que estejam precisando da assistência por parte do programa TFD, a atenção deve ser a mesma, como está previsto nos incisos que integram a Portaria Federal nº 055, de 24 de fevereiro de 1999. Com relação ao dever de prestar assistência social e, portanto, de saúde pública, (12) destaca que trata-se de um dever ‘prestacional’ do Estado, e por essa razão tem relevância pública, incumbindo ao Poder Público agir legalmente, nos termos da lei, de acordo com sua regulamentação, fiscalização e controle, deliberada de forma direta pelos órgãos do governo e/ou terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, em que o objetivo principal seja prestar assistência plena ao paciente e familiares que precisarem de auxílio do Sistema Único de Saúde – SUS.

De acordo com a Lei nº 8.080/1990, que revela a partir do seu artigo Art. 5º, referente aos objetivos do Sistema Único de Saúde – SUS, e mais especificamente o inciso (iii), esclarece, o seguinte: “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (14). Esse inciso é bem específico com relação ao papel do Estado para com o ato de prestar assistência à saúde por meio de ações de promoção, proteção

e recuperação, sem discriminação ou restrição, como forma de elevar a qualidade de vida, o respeito para com o contribuinte e o bem-estar da sociedade em geral.

Como é possível observar, a Constituição Federal de 1988, abriu caminho para as políticas de promoção à saúde do brasileiro. A criação de programas como, por exemplo, Tratamento Fora de Domicílio, significou um grande avanço para o Sistema Único de Saúde. Sabe-se que o direito à saúde é proposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde 1948, previsto por seu artigo XXV, esclarece que todo ser humano deve ter o direito a qualidade de vida, bem-estar, alimentação digna, vestuário, habitação e, quando necessário, cuidados médicos e assistência social capaz de atender suas necessidades (4). Por isso é importante se manter atento e batalhar por suas virtudes se espelhando sempre na legalidade.

3 Breve abordagem acerca da legislação que fundamenta e regula o programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD

A lei que determina a criação do Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) revela que somente os pacientes que necessitam exclusivamente do SUS possam acionar tal instrumento de assistência à saúde. Esse texto apresenta uma limitação por parte do TFD e, eventualmente pode significar uma brecha na lei quando analogamente comparado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, defende o direito à saúde como prioridade absoluta a todos os seres humanos (4).

Analisar essas lacunas da lei faz parte do trabalho de advogados e, entre muitas atribuições, o dever profissional de defender os interesses sociais e assegurar o funcionamento de um Estado Democrático imparcial (5). Assim, quando a família do paciente aciona a justiça, esta deve se empenhar ao máximo para encontrar as brechas que garanta o direito do enfermo ao tratamento médico e demais assistências.

A revista Arquivo Científico revelou que as dificuldades enfrentadas pelos usuários no acesso e utilização do Programa (TFD) se relacionam aos mais variados aspectos sociais (6). Embora a existência do instrumento TFD seja classificada como algo legal, observa que alguns pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) têm enfrentado adversidades para fazer valer seus direitos, uma vez que, muitos reclamam que o Programa tem demonstrado muita resistência, quanto ao custeio de acompanhantes, como: mulheres com filhos internados, pacientes com doenças crônicas, entre muitos outros casos de desrespeito e negligência para com o bem-estar dos usuários (6).

Os empecilhos para fazer valer a Portaria nº 55 de 24 de fevereiro de 1999 da Secretaria de Assistência à Saúde/Ministério da Saúde que sustenta e fundamenta o programa TFD se apresenta como um desafio para o sistema judicial brasileiro e,

obviamente gera problemas para os usuários do SUS. Com relação a isso, (15), enfatiza que a promoção da saúde é constituída de elementos de ordem política, econômica e ao mesmo tempo, funcional e, por essas razões podem resultar em empecilhos que eventualmente reflete na carência de saúde ofertada aos contribuintes/pacientes do Sistema Único de Saúde – SUS. E complementa dizendo que, tais elementos citados podem, em alguns casos, dificultar uma organização de saúde capaz de validar, de maneira integral e generalizada, os serviços nessa área, impossibilitando a promoção de saúde com qualidade capaz de atender aos usuários em seu município de origem (15).

A estrutura do Sistema Único de Saúde é alvo de debate, pois os especialistas, na maioria das vezes acusam o Estado de ser o grande responsável pelo descaso da saúde em grande parte desse imenso país (4; 5; 6). No entanto, é preciso avaliar judicialmente os casos de negligência que atingem, principalmente os usuários do TFD, pois estes precisam de atendimento, muitas vezes em outros municípios e/ou estados, tendo em vista que as despesas com transporte, alimentação e hospedagem devem ser custeadas pelo município/estado ao qual reside. Logo, em caso do não cumprimento da lei, o paciente e/ou família deve acionar o Ministério Público e demais órgãos responsáveis com o objetivo de reaver seus direitos como contribuinte/cidadão/pessoa.

O direito à saúde integral deve ser atribuído a todos os cidadãos brasileiros, embora tal benefício, em alguns casos, venha sofrendo com rescisões que desrespeitam o direito da pessoa à saúde, provocando transtorno e frustração por parte da população que necessita do programa de Tratamento Fora de Domicílio – TFD (7). O TFD é um benefício dirigido a população atendida pela rede pública de saúde que pode ser acionado pelo paciente quando, esgotada todas as formas de tratamento médico na localidade em que o indivíduo mora (2). Sabe-se que os desafios para com o programa TFD são reais, mesmo a Portaria Federal nº 055, de 24 de fevereiro de 1999 da Secretaria de Assistência à Saúde/Ministério da Saúde, declarando ser um direito da população o custeio de tratamento de pacientes que não dispõem de condições financeiras suficiente para arcar com as suas despesas médicas/terapêuticas (2).

A lei foi criada para ser cumprida e, muitas vezes é preciso investigar e esmiuçar as brechas para fazer valer o direito do cidadão/contribuinte. Na visão de alguns pesquisadores e especialistas, é comum se deparar com casos em que há diversas reivindicações direcionadas as unidades de saúde, no que se refere à ausência de condições financeiras daqueles que buscam na rede pública alguns dos muitos serviços de saúde. Tal problema revela desafios que a família, tutora do paciente, precisa conhecer e, ao mesmo tempo, buscar auxílio jurídico para tentar reverter essas adversidades da lei (7).

Por outro lado, no que tange a esfera judicial, faz-se necessário destacar o papel da Defensoria Pública do Maranhão, de maneira que esta tem como função, atuar na solução dos litígios, objetivando à composição entre as pessoas em conflito (16). Mediante uma

breve pesquisa feita no *site* da Defensoria Pública do Maranhão é possível notar a existência de dois vieses, que ajudam a compreender melhor a política pública de atendimento à saúde. Para a defensoria, o primeiro viés, é a própria materialização do programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD, o segundo, é representado pelas Casas de Apoio. Para essa instituição jurídica, os dois vieses que constituem essa política são deficitários no Estado do Maranhão e, por isso, necessita de uma atuação estratégica e proativa por parte da Defensoria Pública, a favor da defesa dos direitos à saúde e bem-estar do cidadão (17).

Nota-se a preocupação e o interesse da Defensoria Pública do Estado para com o descaso da saúde. Como visto, existem falhas graves na política pública de atendimento ao paciente que depende do TFD e/ou das Casas de Apoio. Mas, não para por aí, os defensores públicos também revelaram, mediante pesquisa, que os custos de deslocamento, por exemplo, também têm se tornado uma batalha jurídica, uma vez que a maioria das negociações são feitas diretamente com o Município, fato este que faz aumentar o desperdício de tempo entre as partes envolvidas, representando risco de vida e desgaste emocional para o paciente. Os membros da Defensoria também constataram que grande parte dos pacientes desconhecem o papel do TFD, assim como da própria Defensoria Pública, fato este, que tem dificultado a garantia plena dos direitos ao atendimento e outros benefícios do referido programa (17).

A sociedade precisa se manter alerta com relação aos seus direitos e deveres. Em se tratando de TFD, é preciso conhecer a Lei Orgânica da Saúde e o Parecer Federal, saber como funciona a legislação é um importante passo na construção da cidadania. O Art. 7º da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90, estabelece a universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência. Logo, o cidadão precisa ter plena consciência acerca deste e, demais artigos, pois tal conhecimento é essencial no caso de ele precisar acionar a justiça para fazer valer seus direitos (18).

Para efeito de esclarecimento, a Portaria SAS/MS/Nº 237, de 09 de dezembro de 1998, fora publicada no Diário Oficial nº 238-E, de 11 de dezembro daquele mesmo ano e, por sua vez, extinguiu o Guia de Autorização de Pagamentos – GAP, que era tido como instrumento para pagamento do Tratamento Fora do Domicílio – TFD (19). O GAP tinha como meta informar acerca da origem dos dados, descrever as variáveis disponíveis para tabulação e, indicar outras formas de obtenção de informação, ou seja, de acordo com o Art. 1º, que compõe a vigente Portaria Nº 55 de 24 de fevereiro de 1999, as despesas referentes ao deslocamento de usuários do SUS para tratamento fora do município de origem passavam a ser responsabilidade do Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA/SUS e não mais dirigido ao Guia de Autorização de Pagamento (19).

Também vale esclarecer os parágrafos que compõem o Art. 1º, presente na Portaria nº 55 de 24 de fevereiro de 1999, pois a partir dessa leitura é possível elencar e/ou apontar possíveis lacunas na Lei nº 8.080/1990 que dispõe acerca das condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, além de estabelecer a sistemática de organização e funcionamento que regula e estruturaliza o Sistema Único de Saúde – SUS, são estes (19):

§ 1º O pagamento das despesas relativas ao deslocamento em TFD só será permitido quando esgotados todos os meios de tratamento no próprio município.

§ 2º O TFD será concedido, exclusivamente, a pacientes atendidos na rede pública ou conveniada/contratada do SUS.

§ 3º Fica vedada a autorização de TFD para acesso de pacientes a outro município para tratamentos que utilizem procedimentos assistenciais contidos no Piso da Atenção Básica – PAB.

§ 4º Fica vedado o pagamento de diárias a pacientes encaminhados por meio de TFD que permaneçam hospitalizados no município de referência.

§ 5º Fica vedado o pagamento de TFD em deslocamentos menores do que 50 Km de distância e em regiões metropolitanas.

Como visto, os parágrafos apontados acima esclarecem quando o contribuinte/paciente terá direito ao TFD, assim como apresenta os casos em que fica vedado a autorização de pagamento ao cidadão que se encontra em tratamento. É importante que o Estado zele pelo cumprimento da lei, pois em caso do descumprimento destes parágrafos e, demais tramites legais que garantem a estabilidade, bem como, a estruturação do TFD, ações judiciais podem ser movidas contra o Estado e a favor dos direitos de todos os cidadãos/pacientes à saúde.

De acordo com o Manual Técnico Operacional SIA/SUS, o Sistema de Informações Ambulatoriais possibilita, Secretarias de Saúde locais, acessarem o processamento das informações de atendimento ambulatorial registrados por toda a rede pública de saúde e conveniadas/contratadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS (20). Essa mudança no sistema de coleta e difusão de informações foi importante, de modo que cada município passou a alimentar o mesmo em tempo hábil contribuindo assim, no esclarecimento das ações relacionadas ao programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD.

O acesso direto a essas informações cedidas pelo Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA, a todos os cidadãos brasileiros, é muito positiva ao ponto que auxilia na divulgação das ações ministradas pela Secretaria de Saúde do Município dirigida a

população. Esta, por sua vez, pode se inteirar do banco de informações como forma de observar se os seus direitos à saúde estão sendo respeitados e, a partir daí, acionar a justiça quando necessário, como forma de fazer valer seus direitos, principalmente, aqueles relacionados ao Tratamento Fora de Domicílio.

Assim sendo, cabe ao Estado garantir o direito de todos os cidadãos à saúde, pois esta faz parte da cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988 (8). Se esta instituição descumprir, renegar ou negligenciar tal preceito, poderá esta ficar sujeita as ações jurídicas como forma de fazer valer a promoção, proteção e recuperação da saúde, como previsto na constituição vigente (1). Logo, é necessário conhecer a lei que integra o Programa TFD e buscar auxílio profissional jurídico capaz de prover a eficiência dos serviços públicos de maneira a assegurar condições dignas da pessoa humana (8).

O advogado pode assumir o papel de fiscalizador do Programa TFD, e à medida do possível, prestar assistência jurídica a sociedade que depende de orientação especializada para continuar seu tratamento de saúde em outros municípios. Portanto, é importante ficar atento a Portaria Federal nº 055 de 24 de fevereiro de 1999 que, por sua vez estabelece a criação do Programa Tratamento Fora de Domicílio (TFD), pois tal observação e análise é crucial no que tange a busca por brechas e/ou lacunas na legislação que eventualmente podem melhorar o funcionamento desse programa como forma de conscientizar a sociedade dos seus direitos como cidadão.

4 Ações legais desenvolvidas pelo município de Bom Jesus das Selvas para a concretização do Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD)

A Portaria Federal nº 55, de 24 de fevereiro de 1999, do Ministério da Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde, formaliza e estabelece a criação do Programa Tratamento Fora de Domicílio (TFD) em consonância com a política de ampliação de programa e assistência impulsionada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e presente em todas as Unidades Federativas e seus respectivos municípios (9). No entanto, faz-se necessário discutir acerca das ações legais desenvolvidas pelo município de Bom Jesus das Selvas no que concerne a concretização do referido Programa.

De acordo com a lei supracitada, é possível perceber, mediante a essa Portaria, o papel do Estado para com o dever de oferecer aos cidadãos e, portanto, usuários do SUS, todo atendimento em Tratamento Fora de Domicílio – TFD (9). Essa ação desempenhada pelo estado/município não pode de forma alguma ser compreendida como um favor, uma dádiva, pois, trata-se de um direito adquirido. Por conseguinte, o município é obrigado a custear todas as despesas com transporte, alimentação e hospedagem, tanto para o enfermo, quanto para acompanhante (9).

O Hospital Municipal de Bom Jesus das Selvas, funciona como um Hospital Geral e dispõe de muitas especialidades e profissionais de diversas áreas médicas. Contudo, em alguns casos mais complexos, o usuário exclusivo do SUS, precisa acionar o Programa TFD para obter tratamento de saúde adequado a sua necessidade (10). A realidade vivenciada pelos bonjesuenses quando o assunto é saúde pública revela alguns pontos discutíveis, pois mesmo o Programa TFD não tem prestado a devida assistência aos pacientes que necessitam de custeio para iniciar e/ou continuar o tratamento de saúde em outros municípios, gerando uma série de processos e ações contra a Secretaria de Saúde e Prefeitura (9).

O site oficial da Prefeitura de Bom Jesus das Selvas revelou que no ano de 2020, cerca de 10,95% de todas as receitas foram destinadas para cobrir despesas com saúde pública (11). Tais investimentos e despesas ainda podem ser considerados baixos, fator este que gera grande debate entre a população que depende direta ou indiretamente dos serviços de saúde pública (18).

Como visto, em 24 de fevereiro de 1999, o Ministério da Saúde, intermediado pela Secretaria de Assistência à Saúde – SAS, propôs a criação da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080 de 1990, que por sua vez, estabeleceu a criação da Portaria/SAS nº 55 que apresenta a rotina acerca do programa de Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde – SUS. Esta Portaria permite fazer a inclusão dos procedimentos utilizados em TFD por meio de uma Tabela de Procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS assim como revela providências referente à implantação do Tratamento Fora de Domicílio. Diante disso, apresenta a seguinte tabela contendo os procedimentos referentes ao TFD, classificados de acordo com (18), observe:

Procedimentos de TFD na tabela OPM/SUS

| NOMENCLATURA | VALORES (R\$) |
|---|---------------|
| Ajuda de custo para alimentação/pernoite de paciente..... | 24,75 |
| Ajuda de custo para alimentação de paciente sem pernoite..... | 8,40 |
| Ajuda de custo p/alimentação/pernoite de paciente (p/ tratamento CNRAC)..... | 24,75 |
| Ajuda de custo para alimentação/pernoite de acompanhante..... | 24,75 |
| Ajuda de custo p/alimentação de acompanhante s/pernoite..... | 8,40 |
| Ajuda de custo p/alimentação/pernoite de acompanhante (p/ tratamento CNRAC)..... | 24,75 |
| Deslocamento de acompanhante por transporte aéreo..... | 181,50 |
| Deslocamento de paciente por transporte aéreo..... | 181,50 |
| Deslocamento de acompanhante por transporte fluvial..... | 3,70 |
| Deslocamento de acompanhante por transporte terrestre..... | 4,95 |
| Deslocamento de paciente por transporte fluvial..... | 3,70 |
| Deslocamento de paciente por transporte terrestre..... | 4,95 |
| Deslocamento interestadual de acompanhante por transporte aéreo (p/tratamento CNRAC)..... | 181,50 |
| Deslocamento interestadual de paciente por transporte aéreo (p/tratamento CNRAC)..... | 181,50 |

Fonte: DATASUS/SIGTAP. Acesso em 18/02/2022.

Um fato a ser observado, mediante a tabela acima, refere-se à classificação dos procedimentos e recursos financeiros destinados a cada caso de Tratamento Fora de Domicílio. A exposição dos casos e a atribuição de valores considera separadamente os procedimentos regulados pela Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade –

CNRAC. É notório perceber a diferença de valores atribuída aos casos em que o paciente busca tratamento por conta própria, ou seja, sem a necessidade de acompanhante, e nos casos em que a ajuda de um acompanhante é tida como necessária e, portanto, imprescindível. Também, segundo a Portaria nº 55 de 24 de fevereiro de 1999, em caso de pernoite, o paciente deve ser assistido por um acompanhante/familiar, ou seja, tem direito ao recurso financeiro para se manter juntamente com o enfermo (18).

Essa classificação de procedimentos regulados pela Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade – CNRAC, se aplica a todos os municípios da federação. Faz necessário revelar também que somente fazem parte das instâncias da CNRAC os procedimentos referenciados na Tabela de Procedimentos, medicamentos, órteses e próteses do SUS, mediante atribuição concedida pelo CNRAC, ressaltando os casos de restrição às especialidades de cardiologia, oncologia, ortopedia e neurologia (9).

Segundo o Ministério Público do Estado do Maranhão/Procuradoria Geral da Justiça: “[...] nos casos de procedimentos constantes da Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade – CNRAC compete ao Ministério da Saúde o direcionamento dos pacientes”. De todo modo, é interessante perceber que o Ministério Público exerce, por intermédio do Poder Judiciário, a defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade tendo como base sólida a Constituição Federal (21).

Por isso, quando um cidadão/paciente tem o seu laudo encaminhado à Coordenação do TFD do Estado do Maranhão, por exemplo, e tem seu direito negado e/ou presencia caso de negligência no atendimento e/ou liberação de recursos, principalmente quando a situação e/ou caso exigem agilidade por se tratar de emergência, deve acionar o Ministério Público e demais instâncias da lei, assegurado pela própria Constituição Federal (Art. 196 a 200) que expressa total assistência à saúde, qualidade de vida e bem-estar do cidadão (21).

Nesse sentido, é extremamente importante que a população atue como agente fiscalizador dos serviços públicos, uma vez que as ações geradas pelo município podem, em alguns casos, prejudicar o sistema de saúde como um todo gerando insatisfação e protesto por parte do contribuinte. Este, por sua vez, deve buscar auxílio jurídico especializado visando defender seus direitos como cidadão, de acordo com aquilo que se encontra previsto por meio da Carta Magna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática envolvendo o “Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD) como política de concretização do direito à saúde: fundamentos normativos e uma análise da experiência do Município de Bom Jesus das Selvas - MA”, esteve focada em investigar como o programa TFD tem contribuído para concretização do direito constitucional à saúde.

Os objetivos foram sendo obtidos à medida que se avançou na pesquisa bibliográfica, na linha de ideia e argumentação explorada de forma consciente e sensata por cada um dos autores que de maneira direta ou indireta contribuíram para a estruturação desse Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

O capítulo intitulado: “Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD): o dever do Estado para com a atuação à frente do programa TFD” buscou investigar o papel do Estado frente ao funcionamento da lei, segundo a Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999, do Ministério da Saúde e Secretaria de Atenção à Saúde, que regula e estruturaliza o referido programa. Como visto, a lei é cumprida de forma satisfatória e representa um marco histórico e, por conseguinte, uma conquista para o Sistema Único de Saúde e seus dependentes.

Outro tópico estudado foi: “Breve abordagem acerca da legislação que fundamenta e regula o programa Tratamento Fora de Domicílio – TFD”. Aqui foi possível conferir o que propõe a legislação, quem realmente tem direito a TFD, assim como os casos em que o Estado especifica o veto. Logo, ficou claro observar que o TFD é um direito ao tratamento de saúde garantido por lei, embora em alguns casos, apresente empecilho capaz de vetar tais benefícios à saúde do paciente.

O próximo item, intitulado: “Ações legais desenvolvidas pelo município de Bom Jesus das Selvas para a concretização do Programa de Tratamento Fora de Domicílio (TFD)”, se mostrou satisfatório, pois muitas ações legais e administrativas fazem parte das ações de saúde desenvolvidas pelo referido município, localizado à 465 km da capital, São Luís. Este tópico revelou ser de grande importância para a população em geral, pois permitiu visualizar as medidas e planos de ação em saúde utilizados para manutenção e estruturação do programa Tratamento Fora de Domicílio.

Sabe-se que a escolha da temática, situação-problema, bem como dos objetivos (geral e específicos), foram cruciais para a elaboração e conclusão desse TCC. Por meio da revisão bibliográfica é possível comparar diversos pontos de vistas a respeito do TFD, bem como atentar-se para o papel do Estado quanto à promoção da saúde em geral. Assim sendo, espera-se que o conhecimento construído a partir da pesquisa bibliográfica que, por sua vez, culminou com a revisão de literatura, exerça um significado, um papel informacional, uma ideia voltada para análise e discussão capaz de mobilizar toda a comunidade acadêmica e sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 30 set. 2021.

TRATAMENTO FORA DO DOMICILIO.pdf. Disponível em: <<file:///D:/A%20TCC-%20ISAAC%20-%20UNISUMA/>>. Acessado em: 30 set. 2021.

MACIEL, Danielle. TFD - Tratamento fora do domicílio no município de Santana do Livramento estado do Rio Grande Do Sul. 47 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Pampa, administração, 2016. Disponível em: <<https://dspace.unipampa.edu.br/bitstream/riu/1783/1/Danielle%20Lopez%20Maciel.pdf>>. Acessado em: 30 set. 2021.

BAHIA, Lídia. Direito à Saúde. Pesquisadora do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, analisa a importância de ter a saúde como um direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude>>. Acessado em: 30 set. 2021.

SANTOS, Otávio Márcio Fernandes dos. Função do advogado no sistema e na sociedade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73349/funcao-do-advogado-no-sistema-e-na-sociedade>>. Acessado em: 01 de out. 2021.

GUEDES, Daniele Ramos. *et. al.* Tratamento Fora de Domicílio (TFD): uma abordagem sobre os desafios e perspectivas dos beneficiários do município de Macapá. Disponível em: <[%20-%20UNISUMA/TFD%20MACAPÁ.pdf](#)>. Acessado em: 01 de out. 2021.

NASCIMENTO, Bruna Maria de Sousa do; FERREIRA, Edley Juliana Menezes. Problematizações acerca da saúde da mulher: principais entraves e desafios para a consolidação dos direitos sociais. II Congresso de assistentes sociais do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.cressrj.org.br/site/wpcontent/uploads/2016/05/039.pdf>>. Acessado em: 01 de out. 2021.

COSTA, Marli Marlene Moraes; STURZA, Janaína Machado. O direito à saúde enquanto elemento fundamental da dignidade humana: pressupostos de efetividade e exigibilidade. Revista Científica do Curso de Direito da FSG, Caxias do Sul, ano 4, n. 7, jan./jun. 2010, p. 71-83. . Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/598>>. Acessado em: 01 de out. 2021.

COSTA, Elias. Tratamento Fora do Domicílio – TFD. Disponível em: <<https://www.diariogm.com.br/municipios/portaria-no-55-de-24-de-fevereiro-de-1999-do-ministerio-da-saude-garante-aos-pacientes-tratamento-fora-de-domicilio-despesas-custeadas-pelo-sus>>. Acessado em: 01 de out. 2021.

CENTRAL BRASILEIRA DE ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE (CEBES). Disponível em: <<https://cebes.com.br/hospital-municipal-bom-jesus-das-selvas-2531771/>>. Acessado em: 02 de out. 2021.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <<https://www.portaltransparencia.gov.br/despesas>>. Acessado em: 02 de out. 2021.

PADILHA, R. Direito Constitucional. 4. ed. Revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Forense: Método, 2014.

FERREIRA, Filho, M. G. Direito Constitucional. 38. Ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990: condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://pt.piliapp.com/emoji/list/>. Acessado em: 11 jan. 2022.

AZEVÊDO, Sandro Roberto. O programa de tratamento fora de domicílio no sistema único de saúde no Piauí. Holos, abr. 2016. ISSN 1807-1600. Disponível em: <https://www.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/3360/1457.27> fev. 2020. Acessado em: 12 jan. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. Defensoria Pública do Maranhão. Das Funções essenciais à Justiça: a Defensoria Pública. JUSBRASIL, 2018. Disponível em: <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/376824739/das-funcoes-essenciais-a-justica-a-defensoria-publica>. Acessado em: 12 jan. 2022.

Defensoria Pública do Estado do Maranhão. TFD não é favor, é direito: Defensoria Pública pela plena efetivação da política pública de Tratamento Fora de Domicílio – TFD. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/download/cartilha/tfd/TFD.pdf>. Acessado em: 12 de jan. 2022.

Azevêdo, S.R. O programa de Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde no Piauí. Universidade Federal do Piauí – UFPI, 2016. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=O+PROGRAMA+DE+TRATAMENTO+FORA+DE+DOMIC%3%8DLIO+NO+SISTEM+A+%3%9ANICO+DE++SA%3%9ADE+NO+PIAU%3%8D>. Acessado em: 12 de jan. 2022.

Secretaria de Assistência à Saúde/Ministério da Saúde, 1999. Portaria Nº 55, de 24 de fevereiro de 1999. Disponível

em:https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html.
Acessado em: 10 de fev. 2022.

Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/Departamento de Regulação, Avaliação e Controle. Manual técnico operacional SIA/SUS: aplicativos auxiliares e de captação da produção ambulatorial. Disponível em:
http://www1.saude.rs.gov.br/dados/1273242960988Manual_Operacional_SIA2010.pdf.
Acessado em 10 de fev. 2022.

Ministério Público do Estado do Maranhão/Procuradoria Geral de Justiça. Disponível em:
<https://www.mpma.mp.br/index.php/institucional/o-ministerio-publico-2>. Acessado em 20 de fev. 2022.

A CRISE NO NEOLIBERALISMO DO SÉCULO XXI NA VISÃO DE FOUCAULT E OUTROS PENSADORES

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq.

RESUMO: Olhando através da história e também dos acontecimentos trazidos por escolhas de modelos econômicos, pode-se observar que algo aconteceu de muito errado, pois se na proposta estampada de se implementar um novo liberalismo, sem ao menos fazer um balanço do que deu certo e também o que deu errado, usando de um parâmetro mínimo, não se deveria se quer propor algo como neoliberalismo, considerando, no universo dos que vivenciaram estas ideias naufragaram em um sonho não totalmente positivo, de livre mercado, de livre concorrência, quando há uma tendência fatal de monopólio de vários setores, insumos nas mãos de uns poucos; Foucault com sua costumeira forma de repensar a história vislumbra o que acaba por ocorrer, daí em pleno século XXI, ocorrências de crises não locais mais mundiais de forma acentuadas e, sanadas de maneira um pouco duvidosa, cumpre aqueles que vêem mais do que as notícias apresentam rever sua visão míope do maior problema humano deste século.

PALAVRAS CHAVES: Liberalismo. Neoliberalismo. Crise.

ABSTRACT: Looking through history and also the events brought about by choices of economic models, it can be observed that something went very wrong, because if in the stamped proposal of implementing a new liberalism, without even taking stock of what worked and also what went wrong, using a minimum parameter, one should not want to propose something like neoliberalism, considering, in the universe of those who experienced these ideas, they were shipwrecked in a not totally positive dream, of free market, of free competition, when there is a fatal tendency to monopolize various sectors, inputs in the hands of a few; Foucault, with his usual way of rethinking history, glimpses what ends up happening, then in the 21st century, occurrences of non-local crises more global in an accentuated way and, remedied in a somewhat dubious way, fulfills those who see more than the news. present a review of their myopic view of the greatest human problem of this century.

KEYWORDS: Liberalism. Neoliberalism. Crisis.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A crise de 2008; 3. O neoliberalismo e a desigualdade; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido trata do problema neoliberalismo na visão de Foucault, fazendo um recorte epistemológico, tratando do neoliberalismo alemão do pós-guerra, alcançando a década de 1970 e, avançando ao século XXI, na crise americana de 2008, trazendo como pano de fundo o capitalismo em sua forma mais agressiva, fazendo o contraponto com autores contemporâneos.

No pós-guerra alemão o que se pode acompanhar de evolução que possa ter contribuído para os demais países em geral?

A década de 1970 onde se firmou o maior consumo e, conseqüentemente a aceleração do consumo, foi uma época marcada por prosperidade, ou foi só aparência?

Na crise americana de 2008, o que de fato se revelou sobre o neoliberalismo? Como encarar o capitalismo depois desta crise? Como o Direito e a Justiça podem moldar estes acontecimentos?

Percebe-se que o problema do neoliberalismo, objeto de muitos debates e discussões, não tem contemplado a todos, ficou evidente na crise de 2008.

Muitos bancos saíram da crise muito mais fortes e vigorosos do já mais haviam conseguido, mesmo os que falariam, perderam, parte de suas fortunas bilionárias, contudo, não se submetera-se a passar um dia sequer, longe de seu afortunado conforto.

2. CRISE DE 2008

No início do século XXI, quando se imaginava que todos os problemas se resumia a aparente vitória do capitalismo contra o comunismo, eis que surge no cenário global, lentamente, porém, de forma persistente a quebra do Banco Lehman Brothers.

O que não veio acompanhado, apenas deste fato em si, mais em uma combustão altamente inflamável no mundo e no mercado financeiro.

De maneira emblemática, o mundo foi arrastado para uma crise inimaginável.

Cenas indescritíveis foram vistas em Wall Street, barracas de acampamento, pessoas vivendo em carro, perdendo casas, e os super endividados.

Na visão de outro pesquisador contemporâneo e, aguçado pode-se verificar;

Os tempos de combate direto entre o "dominante" e o "dominado", corporificado em instituições panópticas de vigilância e dominação diárias, parece ter sido substituído (ou estar em curso de ser substituído) por meios mais limpos, elegantes, flexíveis e econômicos. As estruturas pesadas e as regras duras e rápidas, quando caíram em pedaços, expondo os homens e mulheres à insegurança endêmica de suas posições e à incerteza de suas ações, tornaram redundantes as desajeitadas e custosas formas de "controle direto". (BAUMAN, 2001, p.21).

Bauman propõe o âmago da questão, afinal, não se trata apenas do sistema financeiro em si, mais também de como bem diz "dominado e dominante".

Para esta crise como se pode ver gerou-se uma mudança de paradigma, para retirar a ideia de "dominados e dominantes" (o que na verdade não deixa de continuar assim, até os dias de hoje), procura-se a elegância do sistema financeiro, o que não modificou segundo o autor, a exposição a "insegurança endêmica".

E o que parecia ser uma onda, virou um tsunami arrastando milhões de pessoas.

Outro pensador e filósofo que estava além do seu tempo, demonstra que a partir da revolução industrial e suas mazelas, foi possível aumentar a distância entre os seres humanos, agora divididos em patrão e empregado;

Este novo mecanismo de poder apoia-se mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apoia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina. (FOUCAULT, 1990, p. 105).

Como se pode notar, houve uma estratégia muito bem elaborada, para transformar o poder que dominava, vigiava, como uma espécie de renomeação chegasse a "nova economia do poder", tranferindo ainda mais força aqueles que mantém domínio sobre os demais e a eficácia parece, favorecer novamente aqueles que detém o poder.

Além destas demonstrações de controle aparentemente invisível, houve uma sedimentação no que concerne toda a questão envolvendo a grande avalanche que culminou no ano de 2008.

Temos evidentemente exemplos disso. É preciso haver liberdade de comércio, claro, mas como poderá ela efetivamente se exercer se não se controla, se não se limita, se não se organiza toda uma série de coisas, de medidas, de prevenções, etc. que evitarão os efeitos de hegemonia de um país sobre os outros, hegemonia essa que teria precisamente por efeito limitar e demarcar a liberdade de comércio? É o paradoxo que todos os países europeus e os Estados Unidos [...]. (FOUCAULT, 2008, p.87)

Até no que trata de liberdade é desmestificada, com seu significado puro, para trazer a baila um significado exclusivo para o novo mercado que se estava criando de forma a manter tudo da maneira como estava, apenas com uma nova roupagem, diferente e necessária.

3.O NEOLIBERALISMO E A DESIGUALDADE

A arte de governar, ou a governamentalidade continua em pauta se socorrendo de uma nova roupagem e com novas características.

“Dizer algo” equivale, segundo esse autor, a realizar três atos simultâneos: um ato locutório, um ato ilocutório e um ato perlocutório. O locutório constitui a produção de determinados sons (fonéticos) organizados em palavras e dotados de uma estrutura sintática (ato fático). O ato ilocutório consiste na indicação da força segundo a qual o ato locutório deve ser recebido e sua força se manifesta por meio de um verbo, dito performativo e expresso na primeira pessoa do singular do presente do indicativo (e.g: ordeno,, afirmo, prometo etc.) O ato perlocutório tem por objetivo indicar os efeitos causados sobre os sentimentos, pensamentos e ações do receptor da mensagem [...] (PUGLIESI, 2009, p.44).

Uma das claras mudanças foi o discurso como se pode perceber no texto do Pugliesi, afinal, não se podia mudar de forma brusca a maneira de se ludibriar a população, precisava de um envólucro que trouxe esperança, sentimentos, pensamentos e acima de tudo promessas.

Nesta linha do discurso, pode-se quase tudo e quanto mais o tempo passa percebe-se como a influência, de um discurso pode causar na massa, mesmo que seja absolutamente inverídico.

Percebe-se que há uma situação no discurso muito própria para este tipo de fragmentos do que pode ser verdadeiro, e do que pode ser apenas uma falácia.

De um lado, esta relação permite uma mobilização infinita da linguagem que não cessa de se desenvolver, de se retomar e de fazer imbricarem-se suas formas sucessivas. Talvez pela primeira vez na cultura ocidental descobre-se essa dimensão absolutamente aberta de uma linguagem que não pode mais se deter porque, jamais encerrada numa palavra definitiva, só enunciará sua verdade num discurso futuro, inteiramente consagrado a dizer o que irá dizer; mas esse próprio discurso não tem o poder de se deter sobre si e encerra aquilo que diz como uma promessa legada ainda a um outro discurso... A tarefa do comentário, por definição, não pode jamais ser completada. E, contudo, o comentário é inteiramente voltado para a parte enigmática, murmurada, que se oculta na linguagem comentada: faz nascer, por sob o discurso existente, um outro discurso, mais fundamental e como que "mais primeiro", cuja restituição ele se propõe como tarefa. (FOUCAULT, 2000,p.58).

Nesta senda ao observar a Alemanha pós-guerra e seu neoliberalismo, alocando 1970, onde houve a explosão do consumismo, se perceberá o cenário preparado para o descontrole do crédito de 2008, a forma como faltou a pertinência em manter as instituições ao menos sobre observação, chegando enfim a crise, que atingiu a chamada globalização, com efeitos até os dias atuais sentido.

E neste período não faltou discurso para consolidar a máquina de convencimento que atingiu uma grande maioria dos alemães.

Especificamente, o quadro a ser apresentado vai reproduzir o quão distante se está de dizer que a crise americana e global estva distante de alcançar outros países.

Na centelha desta corrente, entra sem dúvida alguma a questão da equidade, que não é como muitos pensam sinônimo de justiça, porém, como demonstrado pelo pensador;

O que é então equidade? Essa ideia fundamental pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma

exigência de evitar vieses em nossas avaliações levando em conta os interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de evitarmos ser influenciados por nossos respectivos interesses pelo próprio benefício, ou por nossas prioridades pessoais ou excentricidades ou preconceitos. Pode ser amplamente vista como uma exigência de imparcialidade. (SEN, 2011, p.84).

O pensador Sen, demonstra de forma a ser bem compreendido, o que vem a ser equidade, que numa visão mais ampla, acolhe o tema que trata exatamente, do oposto do que o texto propõe.

Uma sociedade não vive apenas de uma convivência pacífica, ao contrário, ela vive quando de forma equânime há preocupação com o interesse geral e, não apenas de um grupo seletivo.

É evidente que o isolamento, o afastamento da sociedade como todo, criando divisões deve ser impensável em qualquer forma que possa parecer até normal. Por isso, há a necessidade urgente de se mudar este paradigma, para que se supere tal ação.

Bauman, apresenta de forma crível o que tem acontecido;

Não há nada de novo em tentar fugir quando as coisas realmente esquentam. As pessoas têm procurado fazer isso, com resultados variados, em todas as épocas. O que de fato é novo é o sonho gêmeo de fugir do próprio eu e adquirir um outro feito sob encomenda - e a convicção de que transformar esse sonho em realidade é algo que está a nosso alcance. Não apenas uma opção possível, mas a mais fácil, a que tem probabilidade de funcionar em caso de encrenca; um atalho opcional, uma escolha menos trabalhosa, que consome menos tempo e energia, e portanto mais barata, em todos os aspectos, se avaliada, segundo o conselho de Simmel, pelo volume dos outros valores que tiveram de ser abandonados ou cortados. (BAUMAN, 2009,p.27)

E como os economistas a vêem e os responsáveis pelo direito e justiça têm por função primária buscar, não paliativos, porém, cumprir as metas próximo ao impossível de serem alcançadas, ampliando especificamente objetivos relevantes e próprios para se evitar novas crises e o desequilíbrio completo do sistema que hoje é conhecido por sistema financeiro.

De certa forma o direito entrou em cena, tentando apaziguar, criando mecanismos que pudessem proteger a população num todo;

As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia. Por promoção, entende-se o conjunto de ações que são orientadas para este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controle jurisdicionais). Por atividades de controle, entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram respeitadas. (BOBBIO, 2004,p.23).

É dispensável dizer que o direito está falhando de forma fragorosa, pois, mesmo havendo mecanismos, estes se demonstrado ineficientes no trato de questões básicas, quanto mais questões profundas e de muita envergadura.

O neoliberalismo, procurou se demonstrar suficiente para ultrapassar o terrível ano de 2008.

Do ponto de vista formal, a teoria econômica apresentada em A Riqueza das Nações é essencialmente uma teoria do crescimento econômico cujo cerne é clara e concisamente apresentado em suas primeiras páginas: a riqueza ou o bem-estar das nações é identificado com seu produto anual per capita que, dada sua constelação de recursos naturais, é determinado pela produtividade do trabalho “útil” ou “produtivo” — que pode ser entendido como aquele que produz um excedente de valor sobre seu custo de reprodução — e pela relação entre o número de trabalhadores empregados produtivamente e a população total. Embora Smith atribuísse explicitamente maior importância ao primeiro desses determinantes como fator causal, a dinâmica de seu modelo de crescimento pode ser melhor entendida em termos do que Myrdal batizou de um processo de “causalidade circular cumulativa” e, em seus traços essenciais, consiste no seguinte: o crescimento da produtividade do trabalho, que tem origem em mudanças na divisão e especialização do processo de trabalho, ao proporcionar o aumento do excedente sobre os salários permite o crescimento do estoque de capital,

variável determinante do volume de emprego produtivo; a pressão da demanda por mão-de-obra sobre o mercado de trabalho, causada pelo processo de acumulação de capital, provoca um crescimento concomitante dos salários e, pela melhora das condições de vida dos trabalhadores, da população; o aumento paralelo do emprego, salários e população amplia o tamanho dos mercados que, para um dado estoque de capital, é o determinante básico da extensão da divisão do trabalho, iniciando-se assim a espiral de crescimento. (SMITH, 1978, p.28)

Destarte, nunca esteve mais longe de ocupar-se com as questões das desigualdades existente e sobrevivendo a toda e qualquer tentativa de discurso vazio e sem nenhum propósito e proposta concreta para fazer com que haja mais igualdade.

Desta forma pode se digredir que o projeto financeiro aceito em grande parte do mundo esteve sempre preparado para alcançar, alguns poucos, atendendo em tudo, seus desejos e ganância.

Quanto a grande maioria da população, não parece ter estado nos planos em nenhum momento da história como importante, ou sequer, alcançar o acessível, para uma sobrevivência digna.

Ao contrário, o que se tem visto em toda a história foi um completo desprezo pela população carente, desde o início da revolução industrial.

Nesta esteira, arrastando povos para os grandes centros e trazendo em contrapartida, a periferia como moradia por estar o centro urbano já ocupado pelos mais abastados.

E eis que assim surge já a primeira grande diferença, brutal, entre aqueles que significariam apenas mão de obra, daqueles que mandariam e pagariam salários ínfimos, causando o fosso social, até os dias atuais existente.

Não obstante, se faz mister afirmar, que há um recorte na história, para não delongar muito, sobre a questão de quando começou a disparidade social.

Historicamente, é certo que os menos afortunados aparecem em todos os seguimentos históricos, porém, a partir da revolução industrial, escolhida como marco, este abismo cresceu consideravelmente, permitindo que surgisse um novo seguimento que acompanha a sociedade até hoje, os miseráveis, aqueles de pobreza extrema, crescendo de forma exponencial.

4.CONCLUSÃO

Como pode ser observado, não é incomum substituir nomeclaturas para tentar mascarar a cruel realidade existente.

Não há justiça social em todos os aspectos sociais imagináveis, ao contrário, percebe-se um distanciamento com o surgimento de governos apregoando, ser ultradireita, o que causa uma certa estranheza.

Na mesma linha trazendo desconforto social ao que poderia ser a grandeza do Estado, percebe-se a ideia do assistencialismo barato, com fins eleitoreiros.

E aí para que funcione, muda-se nome, cria-se desculpas que não demonstram compromisso com a realidade de que há outros meios para diminuir esta distância tão grande.

Uma delas sem dúvida é a Educação, o investimento geral em cursos existentes, e ainda não, traria, juntamente com a pesquisa séria nas Faculdades, um novo fôlego para o Brasil.

A triste realidade que ainda convivemos foi muito bem tratada em um outro tempo, porém, se aplicando aos tempos atuais por Foucault, em *Arquitetura do Saber*, quando se propõe uma nova e inovadora forma de ensinar.

Destarte, cumpre enfim, concluir que se deve continuar lutando com inteligência para não desistir apesar dos pesares.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, ZYGMUNT. A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. tradução José Gradei. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, ZYGMUNT. A arte da vida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed 2009.

BOBBIO, NORBERTO. A era dos direitos / tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FOUCAULT, MICHEL. A arqueologia do saber, 7ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2008.

FOUCAULT, MICHEL. As palavras e as coisas : uma arqueologia das ciências humanas. tradução Salma Tannus Muchail. — 8ª ed. — São Paulo : Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, MICHEL. Microfísica do poder. 16ª ed. São Paulo: Graal, 1990.

FOUCAULT, MICHEL. Nascimento da biopolítica. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

PUGLIESI, MÁRCIO. Teoria do Direito 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, 266p.

SEN, A. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras. 2011, 492 p.

SMITH, ADAM. Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. São Paulo: Abril, 1978; 197 p.

CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO A DECRETO PRESIDENCIAL

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON:

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2018). Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão da Defensoria Pública da União. Defensor Público Federal.

Resumo: No presente trabalho examinamos a possibilidade de interposição do recurso especial previsto no artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988, quando a norma violada for decreto emitido pelo Presidente da República, analisando se tal instrumento normativo se enquadra no conceito de lei federal a que alude o mencionado dispositivo constitucional, para o cabimento do referido recurso excepcional ao Supremo Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: recurso especial, lei federal, decreto presidencial.

Abstract: In the present work we examine the possibility of interposition of the special appeal described in the article 105, subsection III of the Brazilian Federal Constitution of 1988, when the violated norm is a decree issued by the President of the Republic, analyzing if this normative instrument fits the concept of federal legislation to which alludes the mentioned constitutional provision, for the aforementioned exceptional appeal to the Supreme Court of Justice.

Keywords: special appeal, federal law, presidential decree.

Sumário: Introdução. 1. O recurso especial na Constituição Federal de 1988. 2. Hipóteses de cabimento do recurso especial. 3. Conceito e função do decreto presidencial. 4. Enquadramento da violação ao decreto presidencial nas hipóteses do inc. III do art. 105 da Constituição Federal. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988, é o recurso excepcional constitucionalmente previsto para a impugnação de decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais contrárias à legislação federal infraconstitucional (alínea "a"), bem como contra as decisões de tais órgãos que julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal (alínea "b") ou que derem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (alínea "c"). A competência para o julgamento dessa espécie de recursos é do Superior Tribunal de Justiça.

A questão que se coloca no presente artigo é se o decreto federal emitido pelo Chefe do Poder Executivo da União, o Presidente da República, veiculador de normas do âmbito de sua competência legislativa, por força de previsão constitucional, se insere no conceito de “lei federal” a que aludem as três alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição Federal e se a violação de seu conteúdo normativo pode ou não ser objeto de recurso especial. A finalidade do presente artigo é, portanto, responder a essa questão, com base na doutrina mais abalizada e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

1.O RECURSO ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No campo do direito processual, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu inovadora distinção no tocante aos recursos excepcionais. Na Carta anterior, a competência para processar e julgar recursos contra decisões contrárias às normas federais, nessas compreendidas tanto as constitucionais quanto as infraconstitucionais, era de um único órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal. O recurso cabível para ambos os questionamentos, constitucional ou infraconstitucional, também era o mesmo, o recurso extraordinário.¹⁷⁶

Percebendo o grande acúmulo de processos no STF e a inviabilidade de seu julgamento sobre questões jurídicas mais diversas, especialmente sobre a legislação federal infraconstitucional¹⁷⁷, o constituinte de 1988 empreendeu esforços na criação de uma nova sistemática recursal, separando o julgamento dos recursos excepcionais em duas espécies: as questões constitucionais continuaram sendo objeto de recurso extraordinário e a competência para seu julgamento do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸, enquanto as decisões violadoras da legislação federal (infraconstitucional) passaram a ser objeto do recurso especial, criando-se o Superior Tribunal de Justiça como órgão competente para o seu julgamento.¹⁷⁹

A partir daí o STJ, ora intitulado “Tribunal da Cidadania”¹⁸⁰, passou a ser o órgão jurisdicional constitucionalmente incumbido de zelar pela observância da legislação federal e conferir a melhor interpretação para sua aplicação em âmbito nacional.

2.HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Prevê o art. 105, inc. III da CF/88, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos

¹⁷⁶ Art. 119, inc. III da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, 4ª edição, pág. 1016.

¹⁷⁸ Art. 102, inc. III da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁹ Art. 105, *caput*.

¹⁸⁰ Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/História. Acesso em 26/12/2016.

Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O objetivo do presente artigo, como já explicitado, é analisar se o decreto federal, emitido pelo Presidente da República, se enquadra em algumas das espécies normativas elencadas no referido dispositivo constitucional e, em caso positivo, em qual delas e, portanto, se é cabível ou não o recurso especial contra a decisão de tribunal que contrariar seu conteúdo.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, disciplinou diversos aspectos do processamento do recurso especial, a partir da Seção II do Capítulo VI (art. 1.029 e ss.), mas as alterações infraconstitucionais por ele operadas não influem no exame da temática do presente artigo, o cabimento do referido recurso, cujas hipóteses são integralmente disciplinadas pela Constituição Federal.

3. CONCEITO E FUNÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL

Para a conceituação do decreto presidencial, sua natureza jurídica e função no direito brasileiro, valemo-nos, primeiramente, das lições da doutrina administrativista. De acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo (grifo no original):

***Decreto** é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).*

Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão. 181

Ainda segundo a ilustre doutrinadora, quando produz efeitos gerais, o decreto pode ser: *regulamentar* ou de *execução*, quando expedido com base no artigo 84, IV da

181 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 315.

Constituição Federal¹⁸², para fiel execução da lei; e *independente* ou *autônomo*, quando disciplina matéria não regulamentada em lei, sendo que tal espécie, a partir da Constituição Federal de 1988, encontra-se restrito às hipóteses do art. 84, inc. VI, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 32/01 (organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos).

E prossegue Di Pietro afirmando que (grifos do original):

O decreto só pode ser considerado ato administrativo propriamente dito quando tem efeito concreto. O decreto geral é ato normativo, semelhante, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos, à lei.

*Quando comparado à lei, que é **ato normativo originário** (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é **ato normativo derivado** (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei).¹⁸³*

Para Alexandre de Moraes, os regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamento no art. 84, inc. IV da CF, têm por finalidade precípua “facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto”¹⁸⁴. E cita que, na clássica lição do ex-Ministro Carlos Velloso:

Os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização do Estado, enquanto poder público. Editados pelo Poder Executivo, visam a tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mudanças

¹⁸² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹⁸³ DI PIETRO, 2017, p. 315.

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496.

de fato das quais estas mesmas relações resultam. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforma acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais, Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas. Bem por isso leciona Esmein, 'são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito"185.

Percebe-se, portanto, que o decreto presidencial, embora tenha sempre a natureza de ato jurídico de direito público, pode ter natureza de ato administrativo, com efeitos concretos e direcionado a pessoas ou bens específicos (como no caso dos decretos de desapropriação) ou de ato normativo, isto é, veiculador de *normas gerais e abstratas*, destinadas a pessoas indistintas, como no caso dos decretos regulamentares.

Essa distinção é importante na análise do cabimento de recurso especial relativo à aplicação do decreto, como veremos adiante.

4.ENQUADRAMENTO DA VIOLAÇÃO AO DECRETO PRESIDENCIAL NAS HIPÓTESES DO INC. III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Postas as premissas acima, importa perquirir se a decisão judicial que contraria o decreto presidencial pode ser inserida entre as hipóteses de cabimento do recurso especial, previstas nas alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição, do que se faz necessário identificar se o decreto se insere no conceito de lei federal a que aludem as alíneas "a" (contrariar tratado ou *lei federal*, ou negar-lhes vigência), "b" (julgar válido ato de governo local contestado em face de *lei federal* - redação dada pela Emenda Constitucional nº 45) e "c" (der a *lei federal* interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal).

Quanto à referida expressão (lei federal), esclarece Perseu Gentil Negrão:

Assim se consideram todas as leis emanadas do Poder Legislativo da União. Em regra, sua ação e eficácia se exercem sobre todo o território da República. Entretanto, o caráter de federal, que lhe é dado, não advém da condição de sua obrigatoriedade e aplicação em todo o território nacional. Decorre da condição de ter sido decretada pelos poderes federais, para regular matéria cuja competência é atribuída ao Congresso Nacional. Dessa forma, são federais todas as leis que somente possam ser instituídas pelo Congresso Nacional,

185 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 421.

*não importando, assim, a natureza da matéria que por elas se institua*¹⁸⁶.

Para José Afonso da Silva, no entanto:

*Será lei federal quando tendo origem federal tiver também natureza de direito federal, isto é, quando se enquadrar na competência normal da União, quando versar matéria da competência legislativa dos órgãos federais*¹⁸⁷.

O decreto não é lei. Ao menos não em sentido estrito, ou no sentido previsto no art. 59, incs. II a IV, e nos arts. 61 a 69 da CF. Indubitavelmente, porém, pode ser instrumento veiculador de normas e, por ser expedido por autoridade federal, é instrumento normativo federal. A questão que se coloca é: sendo ato normativo federal, pode ser enquadrado como “lei federal”, em sentido amplo, para efeitos de cabimento do recurso especial?

Para Araken de Assis¹⁸⁸ a resposta à pergunta acima é positiva, conforme se extrai de suas lições (grifos nossos):

Resta estabelecer o que se entende por “lei federal” para fins de cabimento do recurso. Em princípio, prevaleceu o entendimento de que abrangeria toda regra de direito produzida pela União Federal. Por óbvio, abarca as espécies normativas ortodoxas do art. 59, II a VI, da CF/1988: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos. E a expressão examinada abrange os decretos e regulamentos do Presidente da República (art. 84, IV, in fine, e VI, a e b, da CF/1988). Leis estrangeiras porventura aplicáveis a litígios julgados no Brasil também se incluem na órbita sob foco. Todavia, não formam questões federais relevantes para controle da integridade na interpretação e na aplicação as portarias, os avisos, as circulares e as resoluções administrativas às quais a Administração outorga natureza normativa. Nesse sentido, decidiu a 4ª Turma do STJ: “Portaria ministerial e resolução normativa não se qualificam como ‘lei federal’ na acepção em

¹⁸⁶ NEGRÃO, Perseu Gentil. Apud. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000, p. 167.

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, RB-13.7.

que empregada a expressão na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição 189”.

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Por lei federal a doutrina entende que o legislador está a se referir às leis de abrangência territorial nacional, incluídas as leis nacionais e federais, não importando a espécie de lei, de modo que estão abrangidas a lei complementar, a lei ordinária, lei delegada, decreto-lei, decreto autônomo e até mesmo a medida provisória, que tecnicamente não é lei, mas é entendida com a mesma força normativa. Excluem-se da previsão legal as portarias ministeriais, as resoluções normativas, as normas de regimento interno de tribunais e as súmulas. A expressa previsão de tratado, que também deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo ajuste, acordo, compromisso e tratado strcito sensu, decorre da regra de que o tratado internacional, quando incorporado ao ordenamento jurídico, tem força de lei ordinária, espécie de lei federal 190.

Antigo julgamento do Superior Tribunal de Justiça já indicava (grifo nosso) que “na expressão lei federal estão compreendidos apenas a lei, o decreto, o regulamento e o direito estrangeiro” (AgRg 21.337-DF, DJ 03.08.92), rel. Min. Garcia Vieira).

Aliás, traduz bem esse entendimento a conceituação dada pelo Código Tributário Nacional 191, ao estabelecer em seu art. 96 (grifos nossos) que:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Misael Montenegro Filho 192 sucintamente limita a conceituação de *lei federal* a: (a) *lei federal em sentido estrito*, dizendo respeito a direito federal, ou seja, aplicado em todo o território nacional, não em localidade específica, como, por exemplo, no Distrito

189 REsp 58.618-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 22/5/1995.

190 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 1723.

191 BRASIL, Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

192 MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, tópico 21.18.2.1.

Federal; (b) *decreto federal*; e (c) *regulamento federal*. De outro lado, exclui do conceito de “lei federal” as portarias, circulares, resoluções, instruções normativas, provimentos, convênios, regimentos internos dos tribunais e as súmulas.

Parece, portanto, não haver dissenso na doutrina quanto ao enquadramento do decreto presidencial como espécie de “lei federal”, para o cabimento do recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” da CF. Na jurisprudência, o entendimento também não é diferente, como se observa na seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO PRESIDENCIAL. CABIMENTO. COMUTAÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO AOS DELITOS NÃO HEDIONDOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º E 10 DO DECRETO N. 4.011/2001. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (de caráter geral e abstrato) produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, [...] como os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (REsp 787.396/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).

2. A comutação somente pode ser negada nas hipóteses expressamente indicadas no decreto presidencial, não alcançando delitos não relacionados.

3. Interpretando os arts. 9º e 10 do Decreto n. 4.011/2001 extrai-se a regra de que estão excluídas da comutação apenas as infrações nele previstas, possibilitando que os delitos não delineados taxativamente no rol possam ser alcançados pelo benefício.

Precedentes do STJ.

4. Decisão agravada reconsiderada. Recurso especial improvido.

(AgRg no REsp 859.349/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. SÚMULA 13/STJ. CONCEITO DE LEI FEDERAL. SÚMULA 211/STJ. POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO.

(...)

2. A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato) produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República. Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, como são as instruções normativas da SRF.

(...)

(REsp 787.396/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009)

Fica clara, diante da conceituação doutrinária do decreto presidencial, bem como do tratamento jurisprudencial dado ao termo “lei federal” do art. 105, III, “a”, a função integrativa e dependente do decreto regulamentar em relação à lei, sem a qual não tem fundamento de validade, nem eficácia. Tal premissa é de suma importância na análise do cabimento do recurso especial contra decisão violadora das normas regulamentares veiculadas através de decreto presidencial, bem como para seu enquadramento entre as hipóteses de fundamento do referido recurso.

É que se o decreto regulamentar tem a função de integrar a lei federal, dando-lhe execução prática e pormenorizada, natural concluir, por uma questão de congruência do ordenamento federal, que o mesmo também integra a legislação federal em sentido amplo e o conceito de “lei federal” da alínea “b” do inc. III do art. 105 da Constituição Federal.

Em outras palavras, se a função do decreto regulamentar é *complementar* a lei federal que o fundamenta, é certo que o mesmo *integra* a legislação federal, inclusive para os efeitos do cabimento do recurso especial.

De outro lado, têm-se como pacífica a exclusão das portarias, circulares, resoluções, instruções normativas, provimentos, convênios, regimentos internos dos tribunais e as súmulas do conceito de lei federal. A razão para isso remete à distinção dos atos normativos federais regulamentares da lei (decretos regulamentares) dos concretamente executivos dos mandamentos legais ou organizadores da administração pública (portarias, circulares, ordens de serviço, alvarás etc). Também da decorrente distinção que há entre tais espécies na veiculação de *normas gerais e abstratas*, em *complemento à legislação federal* infraconstitucional (caso dos decretos regulamentares), da concretização de atos do poder público direcionadas a casos ou pessoas específicas (demais instrumentos jurídicos da administração pública). Nesse sentido, precedente relativo ao não cabimento de recurso especial por violação a texto normativo veiculado em Provimento de autarquia federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXAME DA OAB. RECURSO ESPECIAL. ARREDONDAMENTO DE NOTA DA PROVA OBJETIVA. CONCEITO DE "LEI FEDERAL" PARA FINS DO ART. 105, III, DA CRFB. PROVIMENTO Nº 81/96. ATO NORMATIVO DE AUTARQUIA. NÃO-INCLUSÃO. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. O conceito de lei federal, para efeito de admissibilidade do recurso especial na jurisprudência assentada no STJ, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como o são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (Resp 88.396, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 13.08.96; AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.02.05), instruções normativas (Resp 352.963, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, Min. José

Delgado, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 03.08.92).

2. Inocorre afronta à Lei nº 8.906/94, quando o aresto recorrido limita-se a discutir a controvérsia sob o enfoque interpretativo de Provimento, acerca da impossibilidade de acolher o pedido mandamental no que diz respeito ao arredondamento de nota da prova objetiva.

3. Deveras, a matéria implicaria em invasão fático-probatória, vedada ao STJ pela Súmula nº 07.

4. Recurso parcialmente conhecido, e nessa parte desprovido.

(REsp 797.272/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 282, REPDJ 07/11/2006, p. 253)

Neste outro caso, para excluir a interposição de recurso especial por violação de Resolução:

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. PRESTAÇÕES INDEXADAS AS TAXAS DE CDB. TEORIA DA IMPREVISÃO.

Ação visando o reajustamento das prestações devidas por arrendatário mercantil, em contrato firmado durante a vigência do plano cruzado, alterando-se o critério contratual de indexação segundo a maior taxa de captação dos CDBS. Procedência da demanda, nas instancias ordinárias.

A aplicação da teoria da imprevisão, em determinado caso concreto, não contraria os artigos 7. 8. da lei 6099/74, nem o artigo 82 do código civil.

Recurso especial. Admissibilidade.

Não se admite recurso especial sob arguição de contrariedade a resoluções administrativas, mesmo que de natureza normativa. a expressão 'lei federal', do artigo 105, III, 'a', da Constituição Federal, abrange apenas as leis e os respectivos regulamentos de aplicação.

Não ocorrência de dissídio pretoriano, ante os dessemelhantes pressupostos do aresto recorrido e dos arestos paradigma.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 9.182/PR, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1992, DJ 08/09/1992, p. 14366)

Aqui, para afastar o cabimento em relação à Portaria:

PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO A PORTARIAS. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 284/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Não pode ser conhecido recurso especial que indica ofensa a dispositivos de Portaria, por não estar esta espécie de ato normativo compreendida na expressão "lei federal", constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

2. A ausência de indicação do modo como teria ocorrido a suposta ofensa à legislação federal não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional (Súmula 284/STF).

3. O acórdão recorrido assenta sobre fundamentação de índole eminentemente constitucional, razão pela qual, estando a competência do STJ, delimitada pelo art. 105, III, da Constituição, restrita à uniformização da legislação infraconstitucional, é inviável o conhecimento do recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 640.758/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 235)

Há também exemplos sobre convênios administrativos (AgRg 36323), resoluções ministeriais (REsp 41745, AgRg 737624, REsp 809329), regimento de tribunal e súmula

(Súmula 399 do STF, REsp 21401), entre outros atos administrativos (REsp 879221 e 782699).

O entendimento extraível das decisões do STJ permite concluir que o decreto presidencial passível de violação em decisões de tribunais, para o cabimento do recurso especial, somente pode ser o que veicula conteúdo normativo, de caráter *geral e abstrato*, ou seja, o decreto regulamentar. Decretos do Chefe do Poder Executivo com conteúdo diverso, isto é, individual e concreto, são meros atos administrativos e, portanto, insuscetíveis de impugnação, por sua violação, em sede de recurso especial.

De outra banda, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza e Letícia Barbosa Lima de Souza asseveram importante ponto sobre os decretos emanados da Presidência da República, com fundamento diretamente na Constituição Federal, sem intermediação legal, ressaltando o cabimento do recurso especial com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da CF:

Outrossim, quando estivermos tratando de decretos ou regulamentos autônomos, também será cabível recurso especial. Isso porque tais atos têm seu fundamento de validade fulcrado na própria Constituição Federal. Portanto, diferem dos decretos ou regulamentos de execução, os quais buscam sua fonte de validade em lei infraconstitucional¹⁹³.

Importante repisar que os decretos autônomos são editados como fontes normativas, não havendo previsão para decretos autônomos de efeitos concretos. Nesse passo, ainda, interessante exemplo de decreto autônomo (para além do previsto no art. 84, VI) é o decreto de indulto, porquanto também trata de hipótese de decreto presidencial com fundamento diretamente constitucional (art. 84, XII). O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de examinar a admissibilidade de recurso especial manejado contra decisão de tribunal apontada como violadora de norma contida nessa espécie de decreto, entendendo sempre pelo seu cabimento.

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA. PENAL. INDULTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECRETO Nº 2.002/96. INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO "CRIMES REFERIDOS NA LEI Nº 8.072".

¹⁹³ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de Souza. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da Emenda Constitucional nº 45/2004**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 214.

1. A expressão crimes referidos na Lei nº 8.072/90 inserta no Decreto Presidencial nº 2.002/96 significa que devem ser excluídos do indulto apenas os condenados por crimes hediondos. O atentado violento ao pudor somente tem esta qualificação quando dele resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Fora destas hipóteses não há falar em crime hediondo, não podendo ser negado ao sentenciado o indulto pleiteado.

2. Recurso não conhecido.

(REsp 172.524/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/1998, DJ 30/11/1998, p. 218)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. ESPÉCIE DE INDULTO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMUTAÇÃO PARA CONDENADOS POR CRIME HEDIONDO.

1. É cediço nesta Corte o entendimento de que a comutação da pena é espécie de indulto parcial, não podendo ser concedida nos casos em que a lei excepciona; na espécie, o Decreto n.º 2.838/98 veda, expressamente, a concessão de indulto aos condenados por delito hediondo;

2. Recurso especial provido.

(REsp 610.190/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 25/06/2007, p. 310)

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FUGA. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEI N.º 7.210/84. SÚMULA VINCULANTE N.º 9 DO PRETÓRIO EXCELSO. LEI N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO.

LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado não ofende o direito adquirido ou a coisa julgada.

O instituto da remição, como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera apenas expectativa de direito, sendo incabível cogitar-se de reconhecimento de coisa julgada material.

Aplicação da Súmula Vinculante n.º 9 do Supremo Tribunal Federal.

2. A partir da vigência da Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da Lei n.º 7.210/84.

3. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Ademais, verifica-se flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

5. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n.º 441 deste Tribunal.

6. *Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do benefício do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes.*

7. *Recurso especial parcialmente provido para, cassando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções, para que complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade quanto à perda dos dias remidos, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais. Habeas corpus concedido, de ofício, para restringir a interrupção do prazo somente para fins de progressão de regime.*

(REsp 1238456/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

O cabimento de recurso especial contra a decisão de tribunal violadora do decreto de indulto se extrai, também, *a contrariu sensu*, da jurisprudência consolidada no STJ do não cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, como decidiu o referido tribunal reiteradas vezes em casos relacionados ao benefício penal em questão, a exemplo do seguinte julgado:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INDULTO. DECRETO 8.172/2013. AUSÊNCIA DE PARECER PRÉVIO DO CONSELHO PENITENCIÁRIO.

IRRELEVÂNCIA. REQUISITO NÃO EXIGIDO PELO NORMATIVO PRESIDENCIAL.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n.117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta

Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n.284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Por absoluta disposição literal do art. 5º do Decreto 8.172/2013, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do ato presidencial impossibilitam a concessão da comutação da pena.

IV - In casu, o paciente não praticou falta grave nos doze meses que antecedem o citado Decreto, de se concluir que houve imposição de requisito não estabelecido no referido ato normativo, constituindo-se em flagrante ilegalidade, porquanto é vedado ao Poder Judiciário estabelecer requisitos diversos dos previstos no Decreto presidencial.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para cassar o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de origem, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos.

(HC 334.246/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015)

Se não é cabível o *habeas corpus* contra decisão de tribunal violadora das normas do indulto – objeto de decreto presidencial – por ser então cabível o recurso especial, *a contrario sensu* o decreto é espécie de lei federal, nos termos do art. 105, III, “a” da CF, como já demonstrado.

CONCLUSÃO

Diante das lições acima trazidas da doutrina e do entendimento jurisprudencial sobre o tema, a conclusão é a de que o decreto presidencial, enquanto veiculador de norma geral e abstrata, tenha o mesmo fundamento na lei ou na Constituição Federal, é espécie de “lei federal” (*latu sensu*), para efeitos de cabimento do recurso especial. A decisão de tribunal que viole a norma contida no decreto federal (alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição) ou que julgue válido ato de governo local contestado em de decreto federal (al. *b*) ou que dê a decreto federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (al. *c*) é, portanto, atacável pela via do recurso especial.

A exceção ao cabimento do recurso especial contra violação de decreto presidencial fica apenas para os casos em que este veicule norma individual e concreta, como nos casos de desapropriação pela União, por exemplo.

O cabimento do recurso excepcional de competência do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere aos decretos federais, fica, portanto, limitado como meio de impugnação das decisões de tribunais que violem decretos do Presidente da República veiculadores de normas gerais e abstratas, tenham eles fundamento em lei federal (decreto regulamentar), na Constituição Federal (decretos autônomos) ou como instrumento de introdução de normas internacionais no âmbito interno (decretos de tratados) e, ainda, quando os tribunais derem ao texto contido no decreto federal interpretações divergentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 15 de outubro de 1969.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

_____. Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, 4ª edição, pág. 1016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEGRÃO, Perseu Gentil. Apud. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de Souza. **Recursos extraordinário e especial: reflexos da Emenda Constitucional nº 45/2004**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA TRIBUTAÇÃO E AS MULTAS TRIBUTÁRIAS

RODRIGO DE PAULA BANDEIRA: formado na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Pós graduado em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Cândido Mendes. Analista judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

RESUMO: O princípio da vedação à tributação com efeito de confisco visa a evitar que a tributação atinja o patrimônio do particular de forma irrazoável. Não há dúvida de que ele se aplica aos tributos, sobretudo porque há previsão expressa a esse respeito na Constituição. Contudo, há controvérsia sobre o seu emprego às multas tributárias, sendo esse o objetivo central do artigo em apreço, elaborado por meio do método hipotético-dedutivo. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema, mas ainda não houve fixação da tese. De toda forma, a partir de estudo doutrinário feito sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e de julgados esparsos não vinculantes do próprio Supremo Tribunal Federal, é possível chegar à conclusão de que o princípio do não confisco deve ser utilizado na interpretação de normas que preveem multas tributárias.

Palavras-Chave: Direito tributário. Princípio do não confisco. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Multas tributárias. Aplicabilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Princípio do não confisco ou da razoabilidade na tributação. 4. Aplicação do princípio da razoabilidade na tributação às multas tributárias. 5. Considerações. 6. Referências.

1. Introdução

O princípio da vedação à tributação com efeito de confisco, também conhecido como princípio do não confisco ou da razoabilidade na tributação, possui acentuada importância no direito tributário, estando previsto expressamente na Constituição Federal.

Em linhas gerais, tal princípio veda que a tributação seja demasiadamente excessiva, atingindo o patrimônio do particular para além do razoável.

Esse princípio possui íntima relação com os princípios (ou postulados, como prefere parcela da doutrina) da razoabilidade e da proporcionalidade, cujas nuances devem ser perscrutadas, ainda que rapidamente.

A partir da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível extrair os parâmetros principais de aplicabilidade do princípio do não confisco.

A questão controvertida a ser examinada neste trabalho diz respeito à possibilidade de se aplicar o princípio em comento às multas tributárias, sendo essa a principal finalidade deste artigo.

O tema em debate possui acentuada relevância, na medida em que diversos entes federados, na intenção de coibir atos ilícitos praticados por contribuintes e terceiros, vêm estipulando multas em montantes bastante expressivos.

Ainda que não haja posição definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, sobre o qual foi reconhecida a existência de repercussão geral (a reforçar a importância do tema em análise), é possível, a partir de balizas doutrinárias e jurisprudenciais, chegar a uma conclusão segura sobre o tema.

Para análise do tema proposto, este artigo será dividido em três partes.

Em primeiro lugar, serão analisadas as principais nuances dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em seguida, será detalhado o princípio do não confisco, notadamente a sua definição e os critérios de aplicabilidade, sobretudo com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, será enfrentada a possibilidade de observância do princípio da razoabilidade na tributação em relação às multas tributárias, seguindo-se a conclusão deste trabalho.

2. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Para examinar a discussão relativa à aplicabilidade do princípio do não confisco às multas tributárias, exige-se, em primeiro lugar, analisar aspectos relativos aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois estão intimamente relacionados.

Na concepção de Humberto Ávila, a razoabilidade é um postulado, que significa um dever estrutural que estabelece a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles, servindo como estrutura para a aplicação de outras normas, princípios e regras (2011, p. 163).

Ainda segundo Ávila, podem-se aferir três acepções do postulado da razoabilidade: equidade, congruência e equivalência.

Na primeira acepção, a razoabilidade exige que no emprego da norma geral haja consideração daquilo que normalmente acontece, isto é, que haja harmonização da norma geral com o caso concreto (ÁVILA, 2011, p. 164).

Ao considerar a realidade do que ordinariamente acontece, pode ser que a norma geral, caracterizada pela abstração e pela generalização, não possa ser aplicada ao caso individual. A situação é excepcional, porém não rara.

Em virtude dessa possibilidade, Ávila conclui que "nem toda norma incidente é aplicável", porquanto "é preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese" (2011. p. 166).

Em outras palavras, uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas.

Pelo contrário, "uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária" (2011. p. 166).

De acordo com a segunda acepção, a razoabilidade impõe a adequação das normas com suas condições externas de aplicação (ÁVILA, 2011, p. 167).

Uma das principais facetas dessa acepção é a de que qualquer medida deve possuir um suporte empírico existente. Uma lei não pode ser publicada, tampouco um ato administrativo praticado, sem que haja recursos que possam embasar a aplicação da lei ou do ato.

A terceira acepção define a razoabilidade como equivalência entre a medida aplicada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2011, p. 170).

Exemplificativamente, é desarrazoável a criação de taxa judiciária em percentual fixo, por considerar que em alguns casos ela seria tão elevada que o exercício de um direito fundamental (o de acesso à jurisdição) restaria estiolado.

A compreensão dos três sentidos do postulado da razoabilidade é teoricamente fundamental para a sua aplicação no caso concreto e aplica-se a todos os poderes.

No que tange ao Poder Judiciário, a razoabilidade deve ser como vetor essencial para a aplicação das normas jurídicas e para a materialização da justiça, sob pena de o Estado Social e Democrático de Direito, extraído de vários dispositivos da Constituição da República (artigos 1º, inciso III, 3º, incisos I, III e IV, 5º, incisos LV, LXIX, LXXIII, LXXIV e LXXVI, 6º, 7º, incisos I, II, III, IV, VI, X, XI e XII, 23 e 170, incisos II, III, VII e VIII, dentre outros), não ser contemplado adequadamente.

Diante desse panorama, pode-se concluir

(...) que o princípio da razoabilidade determina a coerência do sistema e que a falta de coerência, de racionalidade, de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, pois o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época. (ZANCANER, 2001, p. 5)

O outro princípio (ou postulado, na concepção de Ávila) é o da proporcionalidade.

Segundo esse autor, o postulado da proporcionalidade impõe que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham meios adequados, necessários e proporcionais para a realização de seus fins (2011, p. 171).

Apesar de a proporcionalidade advir do termo “proporção”, que é recorrente no direito – vide, por exemplo, a proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena (direito penal), entre o número de candidatos e o número de vagas para fins de representatividade (direito eleitoral), entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre os tributos e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade (direito tributário) –, com este não se confunde.

Isso porque o postulado somente será aplicado quando houver relação de causalidade entre dois elementos, um meio e um fim (ÁVILA, 2011, p. 171).

Sobre o exercício dessa relação de causalidade e os efeitos que podem advir dela, Mello escreve que:

(...) as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas,

ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público (2007, p. 107).

É importante destacar que, conforme a doutrina tradicional, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios:

a) adequação ou idoneidade – o ato estatal praticado deve ser adequado, pertinente, idôneo ao fim pretendido;

b) necessidade ou exigibilidade – tendo em vista a proibição do excesso, o poder público deve sempre escolher a medida menos gravosa aos direitos fundamentais, caso exista mais de uma disponível; e

c) proporcionalidade em sentido estrito – encerra típica relação de custo-benefício entre os benefícios advindos da medida adotada (a exemplo do aumento dos recursos públicos) e das restrições impostas ao particular (tal como pagamento de determinado tributo ou multa) (OLIVEIRA, 2021, p. 40).

Nada obstante as distinções acima mencionadas, prevalece na doutrina e na jurisprudência a tese da fungibilidade entre os princípios (da razoabilidade e da proporcionalidade:

Apesar da polêmica quanto à existência ou não de diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem prevalecido a tese da fungibilidade entre os citados princípios que se relacionam com os ideais igualdade, justiça material e racionalidade, consubstanciando importantes instrumentos de contenção dos possíveis excessos cometidos pelo Poder Público. (OLIVEIRA, 2021, p. 39).

3. Princípio do não confisco ou da razoabilidade na tributação

O princípio ou postulado da razoabilidade possui especial aplicabilidade no direito tributário.

Nos termos do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, “utilizar tributo com efeito de confisco”.

Esse dispositivo contempla o princípio do não confisco, também chamado de princípio da vedação à tributação com efeito de confisco ou princípio da razoabilidade ou proporcionalidade na tributação.

Em linhas gerais, esse princípio impede que o Estado promova tributação excessiva, invadindo o patrimônio ou os rendimentos dos particulares de forma desarrazoada.

Segundo Ricardo Alexandre:

[...] a ideia subjacente é a de que o legislador, ao se utilizar do poder de tributar que a Constituição lhe confere, deve fazê-lo de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeitos impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometer seu direito a uma existência digna. (2021, p. 186).

Em outras palavras, “trata-se de uma garantia ao contribuinte de que o Estado não vai lhe cobrar tributos de maneira desarrazoada” (ORTEGA; VIEIRA, 2021, p. 252).

Assim como nem sempre é fácil concluir se determinado ato da Administração Pública viola ou não os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também não é tarefa singela saber se uma tributação específica ofende ou não o princípio do não confisco.

Isso porque o conceito de “efeito confiscatório” é indeterminado, estando impregnado de alto grau de subjetividade, variando “muito de acordo com as concepções político-filosóficas do intérprete”, conforme ressalta a doutrina (ALEXANDRE, 2021, p. 186-187).

No entanto, essa dificuldade não tem o condão de impedir o controle jurisdicional sobre os tributos instituídos pelo Estado, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, notadamente em sua vertente substancial.

Conforme a lição de Ricardo Alexandre, nada impede que “em casos de notória ausência de razoabilidade de uma exação ou de um conjunto de exações, o Poder Judiciário reconheça a existência de um verdadeiro abuso do direito de tributar, tendo em vista a absorção de parcela substancial do patrimônio ou renda dos particulares” (2021, p. 187).

É preciso, porém, que a interpretação a ser feita pelo julgador seja pautada por algumas balizas.

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para saber se um tributo possui ou não efeito confiscatório, deve-se examinar a integralidade da carga tributária que recai sobre determinado contribuinte em relação à mesma pessoa política instituidora.

Em outras palavras, o exame do princípio do não confisco em relação a determinado tributo não pode ser feito de forma isolada dos demais tributos do mesmo ente tributante.

Nesse sentido, vale conferir a seguinte passagem extraída do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 8-MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. – O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio

da razoabilidade. (STF, Tribunal Pleno, ADC 8 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13.10.1999, DJ 04.04.2003). [grifou-se]

Diante desse panorama, pode-se concluir que o efeito confiscatório da tributação somente pode ser verificado no caso concreto e, ainda, por meio da análise da totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte em relação a um mesmo ente tributante.

4. Aplicação do princípio da razoabilidade na tributação às multas tributárias

Definidos os parâmetros que orientam a análise do princípio do não confisco, cumpre verificar sua aplicabilidade às multas tributárias.

Primeiramente, é importante anotar que tributo não se confunde com multa.

Com efeito, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Multa, por sua vez, é a penalidade decorrente da prática de um ato ilícito. É aquilo que o tributo não pode ser: sanção de ato ilícito.

Outra relevante distinção é que o tributo tem por finalidade arrecadar (quando assume o caráter de fiscalidade) e/ou intervir em situações econômicas e sociais (hipótese em que predomina o caráter de extrafiscalidade), enquanto a multa, que não possui a intenção primeira de carrear recursos aos cofres públicos (ainda que o faça indiretamente), visa a coibir ato ilícito.

Malgrado tributo seja diferente de multa, o Código Tributário Nacional prevê que a obrigação tributária principal tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, a teor do art. 113, § 1º, desse diploma normativo.

Desse modo, multa tributária não é tributo, mas a obrigação de pagá-la possui natureza tributária, conforme sintetiza Ricardo Alexandre (2021, p. 355).

Voltando à temática principal deste trabalho, tem-se que o art. 150, inciso IV, da Constituição menciona tão somente "tributo".

Fazendo interpretação literal desse dispositivo, parcela da doutrina defende que o princípio do não confisco aplica-se unicamente aos tributos.

Por outro lado, há quem defenda a aplicabilidade do princípio do não confisco também às multas tributárias, corrente que merece prevalecer.

Conforme posto anteriormente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são postulados aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, não havendo qualquer razão ontológica para excluir-se a sua aplicabilidade às multas tributárias.

As relações travadas entre o Estado e os particulares devem ser pautadas pela razoabilidade e pela proporcionalidade, quer se trate de tributo, quer se trate de multas, especialmente porque o Código Tributário Nacional considera obrigação tributária principal tanto os tributos quanto as multas tributárias, na linha do que se afirmou anteriormente.

Por isso, com razão a doutrina ao afirmar que “não pode o ente prever punições para as infrações tributárias com penas desproporcionais e abusivas” (ORTEGA; VIEIRA, 2021, p. 254), sob pena de violação aos vetores igualdade, justiça material e racionalidade.

Não há jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade do princípio do não confisco às multas tributárias. Embora tenha sido reconhecida a existência repercussão geral sobre o tema (“Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 150, IV, da Constituição Federal, a razoabilidade da aplicação da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º c/c o inciso I do caput do art. 44 da Lei 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.”), o recurso não foi julgado.

Entretanto, há diversos julgados não vinculantes do próprio Supremo Tribunal Federal valendo-se do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade na tributação para declarar a inconstitucionalidade de multas excessivas e desproporcionais.

Nesse sentido, a Corte Suprema já decidiu ser inconstitucional a cobrança de multa estipulada em duas vezes o montante do tributo não pago. Confira-se a ementa de tal julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua

consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. (STF, Tribunal Pleno, ADI 551, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 24.10.2002, DJ 14.02.2003).

Vale consultar o seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Relator em tal julgado, em que há menção expressa ao princípio da proporcionalidade:

O art. 150, IV, da Carta da República veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação.

Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que não tenham elas natureza de tributo. [...]

O eventual caráter de confisco de tais multas não pode ser dissociado da proporcionalidade que deve existir entre violação da norma jurídica tributária e sua consequência jurídica, a própria multa.

Desse modo, o valor mínimo de duas vezes o valor do tributo como consequência do não-recolhimento apresenta-se desproporcional, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em evidente efeito de confisco.

Igual desproporção constata-se na hipótese de sonegação, na qual a multa não pode ser inferior a cinco vezes o valor da taxa ou imposto, afetando ainda mais o patrimônio do contribuinte. [grifou-se]

Nesse ponto, convém registrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgados mais recentes, vem entendendo que a multa assume caráter confiscatório quando ultrapassa o valor da própria obrigação, ou seja, 100% (cem por cento) do tributo devido. É o que se infere dos seguintes julgados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA FISCAL. Em se tratando de débito declarado pelo próprio contribuinte, não se faz

necessária sua homologação formal, motivo por que o crédito tributário se torna imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação do sujeito. O valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade se revela nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Primeira Turma, AI 838302 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 25.02.2014, DJ 31.03.2014).

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral. (STF, Primeira Turma, RE 833106 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.11.2014, DJ 12.12.2014).

Portanto, tanto ponto de vista doutrinário, quanto do ponto de vista jurisprudencial (ainda que não definitivo), chega-se à conclusão de que o princípio do não confisco ou da razoabilidade na tributação aplica-se perfeitamente às multas tributárias, que não podem superar o montante do correspondente tributo.

5. Considerações finais

O princípio do não confisco impede que o tributo invada excessivamente o patrimônio do particular. Ao cabo, ele representa importante faceta dos princípios (ou postulados) da razoabilidade e da proporcionalidade no direito tributário.

Não há dúvida de que o princípio do não confisco se aplica aos tributos, visto que o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal assim dispõe expressamente.

Há controvérsia, porém, quanto ao emprego de tal princípio às multas tributárias. É que multa não se confunde com tributo, já que aquela objetiva punir um ato ilícito, finalidade que este jamais pode ter, por força do conceito previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional.

Embora o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal mencione apenas os tributos, o princípio do não confisco também se aplica às multas tributárias, por não haver argumento ontológico que afaste a aplicabilidade dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade a estas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema, mas ainda não houve fixação da tese.

De toda sorte, a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, de julgados esparsos não vinculantes do próprio Supremo Tribunal Federal, chega-se à conclusão de que o princípio do não confisco deve ser utilizado na interpretação de normas que preveem multas tributárias.

6. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 15. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 nov. 2022.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 08. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 13 out. 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adc%208&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 24 out. 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15511/false>>. Acesso em 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Regimental no Agravo de Instrumento nº 838302. Primeira Turma. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 25 fev. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur259301/false>>. Acesso em 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Regimental no Recurso Extraordinário nº 833106. Primeira Turma. Relator Ministro Marcelo Aurélio. Julgado em 25 nov. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur287786/false>>. Acesso em 18 nov. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Método, 2021.

ORTEGA, Evandro; VIEIRA, Leonardo. Manual de Direito e Processo Tributário. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 08 dez. 2012.

DA TUTELA ANTECIPADA: POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO NA NEGATIVA DA PATERNIDADE E A LEI DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

MARIA LIDIA FRANCA DE SOUZA:
Acadêmica de Direito.

ADRIANO MICHAEL VIDEIRA DOS SANTOS¹⁹⁴

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como foco principal o estudo da lei de alimentos gravídicos sob o teor do direito do nascituro, bem como seu envolvimento com a tutela antecipada quando questionada a negativa da paternidade envolvendo os dois fatores. Com isso, será analisado a possibilidade de indenização ao suposto pai caso ocorra a negativa da paternidade. O tema será estudado havendo apenas indícios de paternidade, o qual a gestante assume o risco de tais evidências, tendo em vista que os alimentos são ligados à manutenção da vida e da dignidade do nascituro sendo assegurado à ele, uma gestação sadia e segura. Contudo, o tema será abordado de forma clara e objetiva para que assim seja esclarecido tal possibilidade de reparação aos danos causados.

Palavras-chaves: Alimentos gravídicos. Tutela antecipada. Negativa da paternidade. Possibilidade de indenização.

ABSTRACT: The main focus of the present work is the study of the pregnant food law under the terms of the right of the unborn child, as well as its involvement with early guardianship when the denial of paternity involving both factors is questioned. With 17 that, the possibility of indemnification to the alleged father will be analyzed in case of denial of paternity. The theme will be studied with only evidence of paternity, which the pregnant woman takes the risk of such evidence, considering that food is linked to the maintenance of life and dignity of the unborn child, ensuring a healthy and safe pregnancy. However, the topic will be addressed in a clear and objective way so that this possibility of repairing the damage caused is clarified.

Keywords: Pregnant foods. Early guardianship. Negative paternity. Possibility of indemnity.

SUMÁRIO: Introdução 1. Tutela provisória antecipada e evidente no processo civil 2.0. Conceito 2.1. Requisitos 2.2. Alimentos Gravídicos 3.0. Conceito 3.1. Natureza Jurídica 3.2. A Incerteza da Paternidade e a possibilidade de indenização. Conclusão 4.0. Referências.

194 Prof. Orientador. Esp. Adriano Michael Videira dos Santos. Professor de Direito Processual Civil.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa advém tratar sobre “DA TUTELA ANTECIPADA: Possibilidade de indenização na negativa da paternidade e a lei de alimentos gravídicos”. Com isso, o objetivo geral é demonstrar que a gestante tem total direito de representatividade ao nascituro em prol de alimentos contra o suposto genitor. Como também, há possibilidades de uma ação indenizatória em favor deste, haja vista se houver tido má-fé e equívoco comprovados em decorrência da realização do exame de DNA após todo o trâmite e confirmado a negativa da paternidade.

Logo, ao adentrarmos pelo tema exposto, o presente trabalho tem como objetivo principal compreender o conceito da tutela antecipada e sua importância no contexto processual, demonstrar a diferença da tutela de evidência, e explicar os requisitos necessários de ambas. Bem como, o envolvimento da tutela antecipada com a lei de alimentos gravídicos 11.804/2008¹⁹⁵, frente aos danos causados a serem reparáveis, tendo sua reparação na lei acima supracitada onde o artigo 10 da referida foi revogado, e também no ramo da responsabilidade civil.

Para que fosse desenvolvida a pesquisa, questionou-se o seguinte: A tutela provisória de urgência antecipada frente a lei de alimentos gravídicos, causa danos ao provável genitor caso comprovado a negativa da paternidade? O tema é de extrema relevância ao se questionar os possíveis danos causados, sendo analisado seus pontos controversos, por exemplo, se cabe a repetição de alimentos já pagos, caso comprovado a negativa do elo paterno.

E por fim, tem como pressuposto, garantir o direito à vida digna do nascituro, que no decorrer do processo judicial é representado por sua responsável. Tendo em vista, a necessidade de uma gestação digna, e em decorrência de tal, responsabilizar-se pelos danos ocasionados assegurando o suposto pai pelo ato.

O tema será exposto de forma clara, de entendimento imediato, sendo apresentado em capítulos, com suas seções específicas, além da conclusão e suas referências bibliográficas. O primeiro capítulo relatará o conceito, e requisitos das tutelas provisórias existentes no Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁶, que terá como tema: Tutela provisória antecipada e evidente no Processo Civil.

O segundo capítulo abordará sobre os alimentos gravídicos, que terá como tema: Alimentos gravídicos, conceito e natureza jurídica sendo também subtítulos, e o último

195 BRASIL. **Lei de alimentos gravídicos**. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

196 BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

tópico será discorrido o envolvimento da tutela antecipada com a lei de alimentos gravídicos e seus respectivos danos causados e a possibilidade de indenização, que terá como subtítulo: A incerteza da paternidade e a possibilidade de Indenização, que abordará a possibilidade de indenização em caso comprovado o elo inexistente através do exame de DNA após todo o trâmite.

2 TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA E EVIDENTE NO PROCESSO CIVIL

As tutelas existentes no Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁷, caracteriza-se em tutela provisória que se divide em urgência ou evidência, ou seja, a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada é cedida de forma antecedente ou incidente. A tutela antecipada se fundamenta em casos de necessidade e efetividade, pois do que progride oferecer à parte uma sentença perfeita, objetiva, justa e que atendeu todos os requisitos processuais necessários em momento que o objeto do mérito já não poderá ser alcançado, ocasionado pela demora judiciária.

Logo, o caso em questão versa sobre a tutela de urgência sendo antecipada a qual assume o perigo do dano, porém é de extrema importância salientar que a tutela se divide em outros aspectos de casos, onde assume o perigo de causar dano à terceiros. Assim dispõe no art. o seguinte:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do **direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.** (Grifo nosso)¹⁹⁸.

De outro modo, a tutela de evidência presente no nosso ordenamento jurídico civil relata o contrário, como o próprio nome narra, se tutela algo extremamente evidente prevista no “art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”¹⁹⁹. Desse modo, a tutela antecipada está muito presente no dia a dia e acaba passando despercebida, pelas constantes rotinas sistemáticas de nosso ordenamento processual.

Os envolvidos, hoje mais do que nunca, buscam não apenas o resultado do processo, mas, sobretudo, que o processo proporcione seus resultados celeremente, com

¹⁹⁷ BRASIL. 2015.

¹⁹⁸ BRASIL. 2015.

¹⁹⁹ BRASIL. 2015.

a mesma agilidade como se manifestam quando envolvida as demais relações sociais. Portanto, a realização sob o teor do direito material, ou seja, a possível prova, deve nortear todos aqueles que, direta ou indiretamente tratam do processo, e buscam de alguma forma serem abrangidos pelos seus direitos que por lei é garantido.

2.1 Conceito

A linguagem tutela se origina do Latim, do verbo tuere que visa proteger, vigiar, e defender alguém. O instituto trata-se da Roma antiga, que nomeava um tutor ao menor impúbere, quando órfão, bem como, o tutor regularmente era alguém da família, tinha o encargo de administrar os bens do tutelado, evitando assim a sua dilapidação²⁰⁰.

Logo, no direito Romano a pessoa impúbere se vincula ao menor com idade inferior a quatorze anos para os homens, e doze anos para as mulheres. No entanto, tal incapacidade que ensejava a tutela decorria ou da idade ou do sexo, vez que o sexo feminino era imposta como incapaz desde o seu nascimento até à morte, principalmente por não possuir experiência administrativa²⁰¹. Ou seja, na prática, a tutela é a responsabilidade a qual uma determinada pessoa maior e capaz se prontifica em assumir o dever de administrar os bens e a conduta dos menores incapazes que não se encontram sob a proteção de algum familiar ou responsável.

Ao adentrarmos pelo direito comparado, no direito italiano que versa sob o capítulo destinado aos procedimentos cautelares, a técnica antecipatória tem sua expressão atípica nos procedimentos de urgência. Tipicamente, o legislador prevê técnica antecipatória para a concessão de tutela cautelar mediante sequestro e sequestro conservativo e já para tutela satisfativa urgente ela é aplicada de mediato. Ainda, o legislador italiano prevê técnica antecipatória para asseguarção e realização antecipada da prova²⁰².

A sua amplitude e importância na prática judiciária italiana advém os 'provvedimenti d'urgenza' que ganham destaque em termos comparativos. Dessa forma, não há discussão a respeito da provisoriedade (provisorietà) do provimento e da sumariedade da cognição (sommarietà della cognizione) a esse subjacente que se trata de tutela provisória atípica contra o perigo na demora (periculum in mora) compreendido ora

200 SANT'ANA, Adelson. Tutela - **Obrigações e Direitos**. Origem Histórica P.2. 2008. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=822&id_titulo=10439&pagina=2. Acesso em: 14 out. 2021.

201 SANT'ANA, Adelson. **2008**.

202 CREDIE, Ricardo Arcoverde- **Bem de família** : teoria e prática – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

como perigo na tardança (pericolo di tardività), ora como perigo de infrutuosidade (pericolo di infruttuosità) da tutela jurisdicional²⁰³.

Já no Direito da França, a técnica antecipatória tem sua manifestação nas ordonnances de référé. Oriunda da prática do Châtelet de Paris, tendo como matéria-prima ordenações provisórias herdadas do processo romano-canônico, as ordonnances de référé são decisões provisórias (décision provisoire), fundadas em cognição sumária (examen sommaire), revogáveis e imediatamente executáveis. Entre os séculos XIV e XVI, as ordonnances de provision encontraram ampla aceitação em Paris, logrando, inclusive, dois tratamentos sistemáticos já no século XVI em Pierre Rebuffe e Jean Papon. O Code Louis, de 1667, tratou incidentalmente do tema, que ganhou contornos mais claros com a reorganização²⁰⁴.

Portanto, a Tutela Antecipada no Brasil em nosso ordenamento fundamentou-se de outros códex, de forma específica inspirada no direito Italiano, sendo adotado no Brasil como instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a qual tem como objetivo agilizar a prestação jurisdicional em casos concretos de dano irreparável ou de difícil reparação, iminente ou constatado, ou quando se configurar o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

2.2 Requisitos

A tutela provisória antecipada é quando antecipa o propósito da sentença ao solicitante, com argumento de urgência e na plausibilidade do pedido havendo indícios ou que esteja visível os fatos aos envolvidos. Desse mesmo pensamento, com base nas pesquisas que foram realizadas, o autor Samuel Levi em seu artigo publicado compartilha o conceito do caso em questão que advém do doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves, vejamos:

A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza,

²⁰³ CREDIE. 2010.

²⁰⁴ CREDIE. 2010.

mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir. (Grifo nosso)²⁰⁵.

Ou seja, para que seja concedida a tutela mencionada, se faz necessário a probabilidade do direito material envolvido, e, sobretudo, as circunstâncias envolvidas para que seja evidenciada o pedido inicial.

De outro modo, o autor Marcelo Braga em seu artigo publicado, expõe que a tutela de evidência impõe uma prova mais simples, independe do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Porém, exige outros requisitos, como por exemplo, as alegações de fato que puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ou seja requisitos estes que estão presentes no artigo de tutela de evidência²⁰⁶.

3 ALIMENTOS GRAVÍDICOS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Os Alimentos Gravídicos é uma forma de prevenção para as gestantes em prol do nascituro, tendo em vista que ocorre muitos casos de estarem desamparada e abandonada pelo suposto pai da criança. Tendo em vista do que se passa, no Brasil o abandono paternal gerou uma proporcionalidade extravagante.

A autora Danielle Santos cita o doutrinador Pontes de Miranda, que expõe o seguinte: Antes de nascer “existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento as relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria”²⁰⁷.

Ou seja, os alimentos são de extrema importância para que o nascituro tenha uma boa qualidade de vida. Porém, há também quem diga que os alimentos são civis e naturais, conforme narra a autora Géssica Amorim onde cita o doutrinador Guilherme Luiz Guimarães Medeiros como referência no assunto, vejamos:

Esse alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a dividi-lo em duas classificações. De acordo com a abrangência da verba

205 LIMA, Samuel Levi Rodrigues. **Tutela Provisória: conceitos e controvérsias**. ed. Revista Âmbito Jurídico nº 198 – Ano XXIII – Julho/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/tutela-provisoria-conceitos-e-controversias/>. Acesso em: 28 set. 2021.

206 BRAGA, Marcelo. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência no novo cpc**. 2016. Disponível em: <https://marceloadvbh.jusbrasil.com.br/artigos/385382588/tutela-de-urgencia-e-tutela-de-evidencia-no-novo-cpc>. Acesso em: 28 set. 2021.

207 SANTOS, Danielle. **Alimentos gravídicos**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1581/Alimentos+grav%C3%ADdicos>. Acesso em: 22 out. 2021.

alimentar, também denominada de pensão alimentícia, os alimentos podem ser classificados em civis e naturais. **São civis os alimentos destinados a manter a qualidade de vida do alimentando de modo a preservar o mesmo padrão social. São naturais os alimentos indispensáveis para garantir a subsistência, como ocorre com os alimentos prestados ao cônjuge culpado pela separação judicial. Previsto no art. 1704, parágrafo único, do Código Civil.** (Grifo nosso)²⁰⁸.

Entretanto, importante ressaltar que não há mais motivos para que ocorra essa diferenciação, tendo em vista que o Código Civil vigente narra que os alimentos envolvem apenas o essencial para as emergências básicas e também para que a pessoa viva de modo adaptável com sua condição e categoria social.

3.1 Conceito

O significado da palavra grávidico e da palavra nascituro, tem-se que “Grávidico é adjetivo, é aquilo que diz respeito à gravidez; ou que é dependente da gravidez, sendo esta o estado da mulher durante a gestação ou prenhez”; e que “Nascituro é o ser que esta sendo gerado pela gestante, o que irá nascer, o feto durante a gestação; o ente concebido que está no claustro materno”²⁰⁹.

Desse modo, a referida lei prevê que tais alimentos são direito do nascituro, mas recebidos pela gestante que é a representante legal. Assim sendo, a natureza jurídica dos alimentos grávidicos envolve a pensão alimentícia juntamente com a responsabilidade civil, pois aloca situações dessas obrigações, sendo que o objetivo de tutela da obrigação alimentar está relacionado às demais obrigações e usa-se das regras de reparação absoluta do caso em concreto com a finalidade da responsabilidade civil.

Além disso, é de extrema importância ressaltar essa obrigação, que se encontra fundamentada na área do Direito de Família, bem como no Direito Civil quando envolver a responsabilidade civil.

²⁰⁸ DONA, Géssica Amorim. 2012. **Os alimentos grávidicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7412/Os-alimentos-gravidicos-e-a-possibilidade-de-indenizacao-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁰⁹ ORO, Marinete Luiza. **O direito da mulher aos alimentos grávidicos dentro da lei nº 11.804/2008 em favor do nascituro.** 2014. Disponível em: <https://juridicocerto.com/artigos/marineteluizaoro/o-direito-da-mulher-aos-alimentos-gravidicos-dentro-da-lei-no-11-804-2008-em-favor-do-nasciturno-385>. Acesso em: 21 out. 2021.

Para o autor Pedro Prado, o doutrinador Diniz é referência no assunto, o mesmo expõe o seguinte:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (Grifo nosso)²¹⁰.

Já para a autora Loyanne Verdussen, a mesma cita o doutrinador Silvio Rodrigues quanto ao conceito de Alimentos, vejamos:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução. (Grifo nosso)²¹¹.

Ou seja, os alimentos são de extrema importância na vida de qualquer pessoa, principalmente de um feto que necessita de uma vida digna desde a concepção.

3.2 Natureza jurídica

Em relação a natureza jurídica, com a entrada em vigor da lei de alimentos gravídicos em 2008, que versa sobre o direito da mãe gestante de receber assistência econômica do suposto pai durante o período gestacional, em prol de garantir a vida e o crescimento digno do nascituro, tendo como base os indícios de paternidade.

O início que é a gestação, já se observa que o fato demanda de uma obrigação alimentar onde o pai biológico ou suposto pai se responsabiliza judicialmente para

210 PRADO. Pedro. **Alimentos gravídicos e seus aspectos sociojurídicos para o nascituro e a gestante**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59039/alimentos-gravidicos-e-seus-aspectos-sociojuridicos-para-o-nascituro-e-a-gestante>. Acesso em: 21 out. 2021.

211 CALAFIORI. Loyanne Verdussen. **Alimentos gravídicos à luz da personalidade jurídica do nascituro**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49990/alimentos-gravidicos-a-luz-da-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em 21 out. 2021.

contribuir com a educação, criação, e assistência financeira para uma vida digna do nascituro deste o embrião de sua genitora. Com isso, deste a idade média a obrigação de alimentar alcançou também os filhos gerados fora do matrimônio, já nas ordenações do reino, só poderia usufruir de tal direito os descendentes, ascendentes e os irmãos legítimos. Bem como, no código civil de 1916, que assegurava tais direitos, o qual se fundamentava que a obrigação alimentar era mútua entre pais e filhos, abrangendo aos irmãos na ausência dos ascendentes e descendentes, assim narra o autor Wagner da Silva²¹².

Logo, ao se adentrar na pesquisa pelo Código Civil vigente, relata que obrigação de alimentos são inevitáveis, uma vez que, tais direitos são resguardados deste a concepção, exposto em seu art. 2º "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"²¹³. Com base nesse artigo, fundamentou-se para criação da teoria concepcionista a qual de forma específica relata que o nascituro sendo o embrião, ou seja, feto formado que já possui seus direitos assegurados.

Por esse motivo, quando se tratar da obrigação de alimentar, a mesma está ligada ao fato de sobrevivência de vida, sendo observado o art. 5º da Constituição Federal²¹⁴ que narra sob o teor da vida digna, bem como que tal dignidade é inviolável sendo está a responsabilidade do Estado Democrático. Embora o Código Civil não especifique de forma clara o que são alimentos, tal conceito é exposto de forma objetiva na doutrina.

Ou seja, não há o que se discutir quanto a natureza jurídica e seu conceito no meio jurídico. O nascituro de fato é o principal requerente de toda ação, sendo o mesmo representado pela gestante, tendo seus direitos assegurados deste a concepção. E com o surgimento da lei mencionada apenas especificou de forma mais clara e objetiva.

3.3 A incerteza da paternidade e a possibilidade de indenização

Com a entrada em vigor da lei de alimentos gravídicos não há necessidade de comprovação do vínculo com o suposto pai, tornando apenas os indícios de paternidade sendo de fato essencial, por exemplo, fotos do casal juntos, mensagens trocadas durante

212 SERRA, Wagner da Silva. **Os alimentos gravídicos à luz da jurisprudência e do Novo Código de Processo Civil**. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11515/Os-alimentos-gravidicos-a-luz-da-jurisprudencia-e-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 21 out. 2021.

213 BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

214 BRASIL. **Constituição Federal** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

o relacionamento seja ele duradouro ou passageiro, testemunhas que presenciaram a relação em ambiente público, e dentre outros.

Em relação ao exame de DNA com o feto, é possível sim. Entretanto, apenas após 12 semanas de gestação, onde será necessário coletar a amostra da mãe, do suposto pai e do embrião (criança) que é um líquido amniótico ou vilo corial, onde pode ser coletada por um especialista da área. Porém, há um certo risco para a criança com a realização desse exame precoce, bem como algumas pessoas leigas não conhecem que esse procedimento pode ocorrer.

Logo, ao adentrarmos pelo valor que o juiz irá aplicar para que o suposto pai realize o pagamento, o mesmo será equivalente com as despesas realizadas pela gestante no período da gravidez e dividido entre ambos (genitora e suposto genitor).

Acerca do assunto ao autor Douglas Phillips Freitas relata o seguinte:

Embora os critérios norteadores para fixação do *quantum* sejam diferentes dos alimentos previstos no art. 1694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, ou seja, **é levado em consideração todas as despesas relativas a gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro.** (Grifo nosso)²¹⁵.

Com isso, já há jurisprudência sobre o tema, onde o juiz deverá analisar cuidadosamente o caso para não acarretar exageros ao fixar os alimentos, uma vez que se trata de situações relativamente diferentes, vejamos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR. 1- A fixação dos alimentos depende da observância da necessidade do alimentando e das possibilidades financeiras do alimentante, segundo a prova carreada aos autos. 2- As decisões liminares que fixam os alimentos provisórios, são fulcradas em um juízo de verossimilhança que os julgadores extraem dos fatos postos à sua apreciação, numa fase em que a instrução do processo ainda é incipiente. 3- O juiz poderá rever a qualquer tempo os alimentos fixados se o alimentante provar que não reúne condições

215 FREITAS. Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08.** 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/498/novosite>. Acesso em: 27 out. 2021.

para arcar com os mesmos, ou se o alimentado demonstrar a necessidade de majoração. 4- Considerando que, a princípio, a quantia de 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo, ou seja, R\$ 499,00 (quatrocentos e noventa e nove reais), mostra-se exacerbada em relação a capacidade financeira do agravante, sobretudo porque o mesmo já está sendo executado sob o rito que comporta prisão civil em razão do não pagamento da pensão, a redução do valor arbitrado é medida que se impõe. **AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.** (Grifo nosso)²¹⁶.

Em seu projeto de lei o "Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos"²¹⁷ se encontra vetado, onde excluía de forma objetiva a penalização para a gestante caso comprovado o elo inexistente da paternidade. Entretanto, observa-se que de alguma maneira houve um dano causado ao suposto pai causando-lhe um prejuízo emocional e financeiro.

Logo, os motivos que ocasionaram o veto ocorrido no art.10 mencionado acima, relata o seguinte:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. (Grifo nosso)²¹⁸.

²¹⁶ **TJ-GO - AI: 05937900620198090000**, Relator: Des(a). JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 09/03/2020, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/03/2020). Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931692241/agravo-de-instrumento-cpc-ai-5937900620198090000>. Acesso em: 27 out. 2021.

²¹⁷ BRASIL. **Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

²¹⁸ BEHRMANN, Jhon. **Alimentos gravídicos:** a responsabilidade civil da genitora em face da negativa de paternidade. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/alimentos-gravidicos-responsabilidade-civil-genitora-face-negativa-paternidade.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

Ou seja, a penalidade a ser aplicada poderá ser realizada pela regra geral da responsabilidade civil subjetiva, existente no art. 186 do Código Civil de 2002²¹⁹, onde a requerente pode ser responsabilizada pela indenização cabível desde que identificada sua prática do ato.

Desse modo, o autor Jhon Leno Behrmann, cita como referência o doutrinador Diniz que aduz:

A **Responsabilidade Civil** é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (Grifo nosso)²²⁰.

Desse mesmo pensamento de acordo com pesquisas realizadas, a autora Raissa Nikele cita como referência o doutrinador Venosa que narra o seguinte sobre: “nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, é evidente que o prejudicado terá direito a restituição. Este direito de restituição se faz através da responsabilidade subjetiva da autora”²²¹.

Assim, autora mencionada acima segue outro entendimento do autor Pimenta sobre o assunto, onde entende que subsiste a responsabilidade subjetiva “não ficará desamparado aquele que for demandado em uma ação de alimentos gravídicos, no caso de não ser ele o pai, estando amparado pelo direito à reparação de danos morais e materiais com embasamento na regra geral da responsabilidade civil”²²².

Acerca do assunto, a autora Gécica Amorim cita o pensamento da doutrinadora Regina Beatriz Tavares da Silva, que relata o seguinte:

No entanto, a solução existe, já que o veto ao artigo 10 foi realizado porque o artigo estabelecia a responsabilidade objetiva da autora da ação, o que lhe imporia o dever de indenizar independentemente da

219 BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2021

220 BEHRMANN, Jhon. **Alimentos gravídicos**: a responsabilidade civil da genitora em face da negativa de paternidade. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/alimentos-gravidicos-responsabilidade-civil-genitora-face-negativa-paternidade.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

221 BATISTA, Raissa Nikele. **Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade**. 2016. Disponível em: <https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-os-direitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 27 out. 2021.

222 **BATISTA**, Raissa Nikele. 2016.

apuração da culpa e atentaria contra o livre exercício do direito de ação, mas permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com **dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo)** ou culpa em sentido estrito (**negligência ou imprudência**) ao promover a ação.(Grifo nosso)²²³.

Desse mesmo pensamento, compartilha os autores Fernanda Lopes e Camilo Barbosa, que tem como referência o entendimento do doutrinador Douglas Phillips Freitas, vejamos:

Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, **é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil.** (Grifo nosso)²²⁴.

Ademais, o autor Douglas Phillips narra o poder do abuso de direito que é ato ilícito e não uma espécie subsidiária ou quase ato ilícito, o Código Civil expôs o art. 187 onde narra o abuso de direito em parceria com o art. 186 sendo o clássico ato ilícito como sendo fundamento para a Responsabilidade Civil.

No código civil o artigo abaixo aduz o seguinte, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

²²³ DONA, Gécica Amorim. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade.** 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22333/os-alimentos-gravidicos-e-a-possibilidade-de-indenizacao-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 27 out. 2021.

²²⁴ LOPES, Fernanda & Camilo Barbosa. **Análise da Lei de alimentos gravídicos.** Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1625/1/TCCFERNANDALOPEs.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Grifo nosso)225.

Bem como, entende-se que todo dano causado e afetado psicologicamente e financeiramente é passível de indenização. O autor Aram Mardirossian cita uma ementa sobre o quanto à jurisprudência é direta quando se trata da condenação em danos morais por ato ilícito, vejamos:

Ementa: Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, **configura-se o dano moral, passível de indenização.** (STJ, Min. Barros Monteiro, T. 04, REsp 0008768, decisão 18/02/92, DJ 06/04/1998, p. 04499). (Grifo nosso)226.

Inclusive, o autor Jhon Leno cita o recurso, após todo o trâmite, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo de forma que a obrigação seja também alocada a responsabilidade para terceiros envolvidos, vejamos:

ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDUÇÃO EM ERRO. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inóceno. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alimentário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los. (SÃO PAULO, TJ, Apelação 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida). (Grifo nosso)227.

Dessa forma, conforme exposto acima, a referida lei em seu projeto de lei no art. 10228 não previa responsabilidade de indenização caso comprovado a negatividade da

225 BRASIL. **Código Civil.** 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

226 MARDIROSSIAN, Aran. **Alimentos gravídicos:** Possibilidade de indenização ao suposto pai em caso de negativa de paternidade. 2018. Disponível em: <https://www.wpmg.adv.br/single-post/2018/04/10/alimentos-grav%C3%ADdicos-possibilidade-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-ao-suposto-pai-em-caso-de-negativa-de-p>. Acesso em: 27 out. 2021.

227 BEHRMANN, Jhon. **Alimentos gravídicos:** a responsabilidade civil da genitora em face da negativa de paternidade. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/alimentos-gravidicos-responsabilidade-civil-genitora-face-negativa-paternidade.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

228 BRASIL. **Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

paternidade após todo o trâmite. Porém, o artigo aludido se encontra vetado, a qual excluiu a responsabilidade objetiva e o Código Civil vigente não prevê reparação de danos causados pelos alimentos já prestados, uma vez que fere o princípio da irrepetibilidade onde se encontra fundamentado na Carta Magna.

Portanto, ainda que o legislador tenha excluído o art. 10 do projeto de lei citada acima que tratava da responsabilidade objetiva da gestante, ainda persiste contra a mesma a responsabilidade subjetiva por danos morais e materiais expostos nos artigos 186,187 e 927 do Código Civil de 2002229.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto nesse artigo, compreende-se que, a tutela antecipada prevista em nosso ordenamento jurídico, é uma forma de viabilizar a demanda de forma ágil e concreta aos que necessitam, bem como poderá acarretar um erro havendo ciência. Ademais, é considerada uma solução para os requerentes, tendo em vista a demora judiciária percorrida pelos trâmites processuais.

A lei 11.804/08 conhecida pelos alimentos gravídicos é uma demonstração de defesa usada pela genitora, e garante prerrogativas também ao suposto pai. Com isso, mesmo com a teoria da concepção já existente e mencionada no código civil, a lei de alimentos foi criada especificamente para assegurar os direitos do nascituro sendo demandado pela genitora, em prol de uma gravidez segura, digna e estável.

Logo, com a entrada da lei mencionada, a mesma possui uma demanda antecedente onde a tutela antecipada é incluída, o qual obriga o suposto pai prestar alimentos garantindo uma gestação estabilizada, para que o nascituro venha ser desenvolvido de forma saudável. Porém tais alimentos se sucederão caso o juiz responsável pela ação for convencido através das provas anexadas no pedido inicial que abrangem os indícios de paternidade.

Contudo, esta lei obriga ao suposto genitor a realizar assistência financeira dos alimentos respaldados em indícios de paternidade, onde aduz conflitos, tendo em vista que o elo paterno é presumido e não concreto, ocasionando a possibilidade de determinar o pagamento do pedido a um inocente. Todavia, no projeto de lei o art.10 foi excluído onde responsabilizava de forma objetiva a genitora caso comprovado que não havia laços sanguíneos. Entretanto, com a exclusão do mesmo, se faz viável que se houver equívoco e

229 BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

má-fé restado comprovado, após teste de DNA realizado e havendo comprovação do elo negativo da paternidade, este pode ser indenizado.

E poderá ser pleiteado o pedido de repetição do indébito, sendo comprovado o pagamento indevido, e também dependendo do caso, conforme já exposto acima, propor ação por litigância de má-fé se for esclarecido que a gestante agiu com maldade. Ademais, ressalta-se que os alimentos não são passíveis de restituições, uma vez que são assegurados pelo princípio da irrepetibilidade que se encontra na Constituição Federal de 1988. Porém, cabe a imposição de pagamentos por danos morais e materiais respaldados pela responsabilidade civil subjetiva prevista nos art. 186, 187, 927 do código civil 2002. Portanto, há possibilidades sim de propor uma indenização ocasionada pelos danos emocionais e financeiros causados.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Raissa Nikele. **Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade.** 2016. Disponível em: <https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-os-direitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 27 out. 2021.

BEHRMANN, Jhon. **Alimentos gravídicos:** a responsabilidade civil da genitora em face da negativa de paternidade. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/alimentos-gravidicos-responsabilidade-civil-genitora-face-negativa-paternidade.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Código Civil. 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil. 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei de alimentos gravídicos. 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

BRAGA, Marcelo. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência no novo cpc.** 2016. Disponível em: <https://marceloadvbh.jusbrasil.com.br/artigos/385382588/tutela-de-urgencia-e-tutela-de-evidencia-no-novo-cpc>. Acesso em: 28 set. 2021.

CALAFIORI, Loyanne Verdussen. **Alimentos gravídicos à luz da personalidade jurídica do nascituro.** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49990/alimentos-gravidicos-a-luz-da-personalidade-juridica-do-nascituro>. Acesso em 21 out. 2021.

CREDIE, Ricardo Arcoverde- **Bem de família: teoria e prática** – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

DONA, Géssica Amorim. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade.** 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22333/os-alimentos-gravidicos-e-a-possibilidade-de-indenizacao-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 27 out. 2021.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08.** 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/498/novosite>. Acesso em: 27 out. 2021.

LIMA, Samuel Levi Rodrigues. **Tutela provisória: conceitos e controvérsias.** ed. Revista Âmbito Jurídico nº 198 – Ano XXIII – Julho/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/tutela-provisoria-conceitos-e-controversias/>. Acesso em: 27 out. 2021.

LOPES, Fernanda & Camilo Barbosa. **Análise da Lei de alimentos gravídicos.** Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1625/1/TCCFERNANDALOPES.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021

MARDIROSSIAN, Aran. **Alimentos gravídicos: Possibilidade de indenização ao suposto pai em caso de negativa de paternidade.** 2018. Disponível em: <https://www.wpmg.adv.br/single-post/2018/04/10/alimentos-grav%C3%ADdicos-possibilidade-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-ao-suposto-pai-em-caso-de-negativa-de-p>. Acesso em: 27 out. 2021.

ORO, Marinete Luiza. **O direito da mulher aos alimentos gravídicos dentro da lei nº 11.804/2008 em favor do nascituro.** 2014. Disponível em: <https://juridicocerto.com/artigos/marineteluizaoro/o-direito-da-mulher-aos-alimentos->

[gravidicos-dentro-da-lei-no-11-804-2008-em-favor-do-nasciturno-385](#). Acesso em: 21 out. 2021.

PRADO, Pedro. **Alimentos gravídicos e seus aspectos sociojurídicos para o nascituro e a gestante**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59039/alimentos-gravidicos-e-seus-aspectos-sociojuridicos-para-o-nascituro-e-a-gestante>. Acesso em: 21 out. 2021.

SANTOS, Danielle. **Alimentos gravídicos**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1581/Alimentos+grav%C3%ADdicos>. Acesso em: 22 out. 2021.

SERRA, Wagner da Silva. **Os alimentos gravídicos à luz da jurisprudência e do Novo Código de Processo Civil**. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11515/Os-alimentos-gravidicos-a-luz-da-jurisprudencia-e-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SANT'ANA, Adelson. Tutela - **Obrigações e Direitos**. Origem Histórica P.2. 2008.

Disponível: em:
https://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=822&id_titulo=10439&pagina=2. Acesso em: 14 out. 2021.

TJ-DF - **AI: 20010020057984 DF, Relator: WELLINGTON MEDEIROS**, Data de Julgamento: 02/09/2002, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 16/10/2002 Pág. 50. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4279173/agravo-de-instrumento-ai-20010020057984>. Acesso em: 22 out. 2021.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

SAMARA JACQUIMINOUTH TAVARES:
Bacharel em Direito

PAULO SERGIO LIMA DOS SANTOS

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo o inquérito policial, e se delimita na discussão da aplicação de duas garantias processuais durante as investigações preliminares: o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, a problemática que se pretende responder é a seguinte: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial? O objetivo geral consiste em analisar as principais características do inquérito policial, notadamente a sua inquisitorialidade, visando compreender a possível inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em seu procedimento. Já os objetivos específicos são definir inquérito policial e as suas principais características, analisar as garantias constitucionais do acusado, especificamente o contraditório e a ampla defesa, e verificar a possível inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual, que se materializa no procedimento do inquérito policial. O artigo seguirá o método de pesquisa dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica. O artigo será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro se voltará para o estudo do inquérito policial, o segundo capítulo se pautará no estudo da ampla defesa e do contraditório, e o último capítulo tratará da (in)aplicabilidade desses princípios no inquérito policial.

Palavras-chave: Contraditório; ampla defesa; Inquérito policial.

ABSTRACT: This article has as its object of study the police investigation, and it delimits itself in the discussion of the application of two procedural guarantees during preliminary investigations: the adversarial and the broad defense. In this sense, the problem that we intend to answer is the following: is there inapplicability of the adversarial principle and of ample defense within the Police Inquiry? The general objective is to analyze the main characteristics of the police investigation, notably its inquisitorial nature, in order to understand the possible inapplicability of the adversary system and the broad defense in its procedure. The specific objectives are to define the police investigation and its main characteristics, analyze the constitutional guarantees of the accused, specifically the adversary and the broad defense, and verify the possible inapplicability of the adversarial and broad defense principles during the pre-procedural phase, which materializes in the procedure of the police inquiry. The article will follow the deductive research method and the bibliographic research methodology. The article will be divided into three chapters, the

first of which will focus on the study of the police investigation, the second chapter will be based on the study of the broad defense and the contradictory, and the last chapter will deal with the (in)applicability of these principles in the police investigation .

Keywords: Contradictory; Wide defense; Inquiry police.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Delimitação conceitual. 1.2 Características essenciais do inquérito policial. 2 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO. 2.1 Do contraditório. 2.2 Da ampla defesa. 3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL. 3.1 A inquisitorialidade do inquérito policial. 3.2 A (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O procedimento penal atual no ordenamento jurídico brasileiro, se constitui pela investigação preliminar, que é a fase pré-processual, e pelo processo penal em si, que se trata da fase judicial. Entendida essas fases, é possível estabelecer que a persecução criminal nada mais é do que a junção destas duas etapas citadas, realizando a efetividade do jus puniendi, que se refere ao direito de punir do Estado sobre o particular.

A sua principal finalidade é a aplicação de sanção penal prevista em lei para determinado fato classificado como crime ou contravenção penal, conforme descrição do Código Penal Brasileiro. O Estado, como detentor do jus puniendi, tem o dever de punir quando da ocorrência de um ilícito penal.

No entanto, para que o Estado exerça seu direito de punir de forma justa e adequada, é necessário um processo legal que seja responsável por apurar os fatos denunciados, bem como de seus responsáveis. Nesse cenário, nasce o inquérito policial que é um conjunto de diligências que é realizada pela polícia judiciária com a finalidade de reunir elementos necessários da prática de uma infração penal e de sua autoria.

A fase pré-processual, conhecida como a investigação preliminar, podendo ser denominada também como fase administrativa da persecução criminal, é o procedimento que objetiva reunir provas, elementos e indícios, para o uso do Ministério Público na ação penal pública incondicionada, ou pelo próprio particular na ação penal privada, podendo, então, de fato, iniciar a ação penal.

No entanto, muito se discute a respeito das garantias constitucionais do acusado nessa fase. De forma mais específica, questiona-se sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Desta feita, a problemática que será respondida é a seguinte: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial?

Nesse sentido, abordar essa temática relativa ao inquérito policial é de grande valia, tendo em vista que é um dos procedimentos basilares da persecução penal, e compreender a aplicação do contraditório e da ampla defesa nessa fase é essencial.

Diante de todo o exposto, e levando-se em consideração o tema do estudo, a seguinte problemática será abordada no desenvolvimento do artigo: há inaplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa dentro do Inquérito Policial?

O objetivo geral consiste em analisar as principais características do inquérito policial, notadamente a sua inquisitorialidade, visando compreender a possível inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em seu procedimento.

Já os objetivos específicos são definir inquérito policial e as suas principais características, analisar as garantias constitucionais do acusado, especificamente o contraditório e a ampla defesa, e verificar a possível inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual, que se materializa no procedimento do inquérito policial.

O artigo será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro se voltará para o estudo do inquérito policial, o segundo capítulo se pautará no estudo da ampla defesa e do contraditório, e o último capítulo tratará da (in)aplicabilidade desses princípios no inquérito policial.

1 O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fase pré-processual, conhecida como a investigação preliminar, pode ser denominada também de fase administrativa da persecução criminal e se destina a investigação de um fato criminoso e sua autoria. O procedimento instaurado nessa fase, em regra, é o inquérito policial. ele objetiva reunir provas, elementos e indícios, para o uso do Ministério Público na ação penal pública incondicionada, ou pelo próprio particular na ação penal privada, possibilitando, então, de fato, iniciar a ação penal. Nesse primeiro capítulo será estudada a delimitação conceitual do inquérito policial, e as suas principais características.

1.1 Delimitação conceitual

Eugênio Pacelli (2020) explica que na ação penal, a regra é a iniciativa do Estado, e da mesma forma, na fase pré-processual, a regra é que os órgãos estatais realizem a investigação do possível fato criminoso. Essa investigação é feita pela Polícia Judiciária, e se materializa no inquérito policial. Mas ele explica: a "denominação de polícia judiciária

somente se explica em um universo em que não há a direção da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro” (PACELLI, 2020, p. 95).

Sucedo que o ofendido busca a autoridade policial buscando o início das averiguações na hipótese de existir ofensa ao bem jurídico. A autoridade responsável acumula todas as informações, regulariza as mesmas, podendo vincular laudos periciais e declarações escritas, colher testemunhos, afirmação da vítima e, pode realizar oitiva do acusado.

O Decreto n. 4.824, de 1871, foi o responsável por instituir no Brasil o inquérito policial, estabelecendo a separação entre a Polícia e o Poder Judiciário. O art. 42 do referido diploma legal determinava que “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices”.

Lopes Júnior (2020, p. 180) explica que o inquérito policial foi mantido no Código Processo Penal de 1941, pois entendeu o legislador da época que “o ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio ao sistema vigente”.

Assim, a missão do inquérito policial é se utilizar de todos os meios legais disponíveis e necessários para juntar os elementos que comprovem a existência ou não de determinado fato, e que, caso este tenha acontecido, atribua a sua autoria ao suposto culpado (BRITO, et. al., 2019).

De acordo com Brito et. al., (2019, p. 99) “O termo inquérito deriva do verbo inquirir, que significa pesquisar, investigar, querer saber. É o nome utilizado para designar um procedimento oficial, legal e formal para se apurar um fato criminoso”.

Guilherme de Souza Nucci expõe qual a finalidade precípua do inquérito, de acordo com sua opinião:

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, por meio do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares suficientes para apontar, com relativa segurança, a ocorrência de um delito e o seu autor (NUCCI, 2020, p. 321).

A exposição de motivos do Código de Processo Penal deixa claro que o inquérito policial fora mantido como processo preliminar ou preparatório da ação penal. Traz consigo a função de garantidor, tendo em vista que a investigação tem a finalidade de impedir a formação de uma persecução penal injusta pelo Ministério Público.

Esse também é o entendimento de Nucci (2020), o autor explica que o inquérito é uma forma de afastar dúvidas e corrigir o rumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário.

Por fim, no que se refere a natureza jurídica do inquérito, Lopes Junior (2020) entende que se trata de um procedimento administrativo pré-processual. Já de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2020) "Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção". A doutrina majoritária realmente entende que a natureza jurídica do inquérito é de procedimento administrativo, e não processual.

1.2 Características essenciais do inquérito policial

O inquérito policial possui muitas características específicas, e se faz importante compreendê-las. A sua primeira característica é a instrumentalidade, o inquérito é essencialmente instrumental, a sua finalidade é a reunião de elementos de provas a respeito de um delito de natureza penal (BONFIM, 2019).

Ele também é oficioso, ou seja, ressalvadas as hipóteses de crimes de ação penal pública condicionada à representação e dos delitos de ação penal privada, o inquérito policial deve ser instaurado *ex officio*, ou seja, independente de alguma provocação.

Outra característica é a dispensabilidade, o inquérito não é um procedimento obrigatório, e pode ser dispensado quando a notícia crime direcionada ao Ministério Público tiver elementos suficientes para a propositura da ação penal.

De acordo com Renato Brasileiro:

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável (LIMA, 2020, p. 181).

O inquérito é um procedimento escrito, assim, de acordo com o art. 9º do CPP, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Trata-se de um procedimento meramente informativo, logo, “Conquanto tenha por finalidade última possibilitar a punição daqueles que infringem a ordem penal, não se presta, em si mesmo, como instrumento punitivo, uma vez que não é idôneo a provocar manifestação jurisdicional” (BONFIM, 2019, p. 186).

Ele é sigiloso, não se aplicando o princípio da publicidade dos atos processuais, e é compreensível, já que o inquérito não é o processo propriamente dito. Renato Brasileiro explica a necessidade do sigilo do inquérito:

Se na própria fase processual é possível a restrição à publicidade, o que dizer, então, quanto aos atos praticados no curso de uma investigação policial? Se o inquérito policial objetiva investigar infrações penais, identificando fontes de provas e coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização (LIMA, 2020, p. 182).

Outra característica muito importante é a discricionariedade do inquérito policial. O procedimento é de responsabilidade do delegado de polícia, e por esse motivo ele pode determinar ou postular as diligências que julgar necessárias para que o fato seja esclarecido (AVENA, 2019).

Ainda, de acordo com Távora e Alencar (2017, p. 139) “a autoridade policial pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima (art. 14, CPP), fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância daquilo que lhe foi solicitado”.

Outra característica importante é a indisponibilidade, isso quer dizer que, uma vez iniciado o inquérito policial, o delegado de polícia não pode dele dispor. Assim, se diante de uma circunstância fática, o delegado percebe que não houve crime, nem em tese, não deve iniciar o inquérito policial (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Por fim, o inquérito policial também é inquisitivo, essa característica deriva do sistema processual inquisitório. Assim, no inquérito policial, a princípio, as garantias constitucionais do acusado não são aplicadas, mas isso será visto posteriormente em momento oportuno.

2 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

O Estado tem o dever de oferecer todas as condições para o acusado se valer da produção de provas para se defender de acusações a ele imputadas e, por fim, esclarecer a verdade dos fatos. Isso porque o Estado não tem o poder discricionário de condenar alguém sem o devido processo legal, e é nesse processo que as garantias constitucionais são aplicadas.

De acordo com Brito, et. al., (2019, p. 35) “as garantias devem ser adequadas, como instrumentos de proteção, criados pelo Estado, como forma reflexa de manutenção dos direitos individuais”.

As principais garantias processuais invocadas são o contraditório e a ampla defesa, previstas constitucionalmente. Nesse vértice, importante compreender as definições e características dessas garantias.

2.1 Do contraditório

O princípio do contraditório encontra seu fundamento no artigo 5º, LV da Constituição Federal e dispõe que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ele também é conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. Trata-se de um dos princípios mais importantes no processo penal, bem como no processo civil ou administrativo.

O contraditório, além de garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação que seja contrária aos interesses das partes, bem como o direito a reação, também garante que o direito de resposta do acusado seja exercido na mesma intensidade e extensão (PACELLI, 2020).

Renato Brasileiro (2020, p. 55) expõe “É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova”. Nessa situação, a parte contrária poderá contestar a prova, e produzir suas próprias provas para a apreciação do juiz.

Ainda, no mesmo sentido, de acordo com Lopes Júnior, esse princípio legitima outros direitos, como é o caso do direito de audiência:

O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga

que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 145).

As partes têm a faculdade de se manifestarem a cada ato do processo. O princípio do contraditório pode ser de duas espécies: Real o que ocorre no mesmo momento da produção de provas e diferido que é o que se realiza depois da produção de provas.

De acordo com Tavares e Casara (2020, p. 95), o princípio do contraditório “erige o método dialético como essencial à solução justa do caso penal, isso porque o confronto de teses antagônicas permite a superação do conflito posto à apreciação da Agência Judicial”.

O contraditório se faz necessária para que haja a possibilidade da efetivação da ampla defesa, pois ele é responsável por fornecer o conhecimento e possibilitar a manifestação.

Entretanto, conforme as lições e Norberto Avena (2019), ao se comparar o contraditório e a ampla defesa, o primeiro possui uma abrangência maior, isso porque essa garantia alcança não apenas o polo defensivo, mas também o polo acusatório, na medida em que a este também deva ser dada ciência e oportunidade de contrariar os atos praticados pela parte contrária.

2.2 Da ampla defesa

Como visto, o art. 5º, LV, da Magna Carta dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Assim, a ampla defesa também tem fundamento constitucional e deve ser observada no devido processo legal.

Nucci (2020, p. 154) explica que a ampla defesa “significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”. A única vedação é a produção de provas ilícitas/ilegais.

É com a ampla defesa que o acusado irá se defender das acusações imputadas a si. De forma clara, a ampla defesa possibilita que o acusado rebata todas as acusações que lhe foram impostas. Assim, como já mencionado, pode se utilizar de todas as formas lícitas em direito para alcançar esse fim.

Renato Brasileiro (2020, p. 56) explica que a ampla defesa se relaciona com o contraditório, por isso esses dois princípios andam juntos no processo: “A defesa garante

o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação”.

A aplicação do princípio não exige que cada um dos atos praticados seja informado às partes, sendo relevante que o magistrado, antes de tomar qualquer decisão, ouça as partes dando a elas oportunidades iguais para se manifestarem com seus argumentos e contra-argumentos.

Ainda, essa garantia não significa que o acusado esteja imune a certas consequências processuais:

Observe-se que a ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais. Tudo depende das peculiaridades do caso concreto e natureza do prejuízo causado ao réu (AVENA, 2019, p. 131).

Assim, de acordo com o Delegado de Polícia Emerson Silva Barbosa, em um processo penal garantista (processo que privilegia as garantias constitucionais), o princípio do contraditório e o da ampla defesa, juntamente com outros princípios, devem ser aplicadas no processo:

Não há dúvida de que as garantias da ampla defesa e o contraditório são, ao lado da proibição de produção de prova ilícita, da presunção de não culpabilidade e da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo condicionantes da validade das provas dentro de um processo penal garantista, que abrange não apenas a instrução processual presidida pelo juiz, mas toda atividade de instrução probatória que tenha repercussão sobre o processo, com destaque para a realizada durante o inquérito policial (BARBOSA, 2011, p. 81)

Portanto, as duas garantias estudadas são extremamente importantes no curso do processo penal, mas questiona-se a aplicação dessas garantias no curso da investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial.

3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL

A doutrina majoritária, como será visto, defende a não aplicabilidade da ampla defesa e do contraditório ao inquérito policial. No entanto, há a doutrina minoritária que defende a aplicação

3.1 A inquisitorialidade do inquérito policial

Como visto anteriormente, o inquérito policial é um procedimento meramente informativo, logo, em tese, ele não se sujeita as garantias constitucionais do acusado, e por isso possui a característica a inquisitorialidade. Nesse sentido explica Távora e Alencar (2017, p. 151): “as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa”.

O autor explica o benefício da inquisitorialidade do inquérito:

A inquisitorialidade permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial. Contudo, como não houve a participação do indiciado ou suspeito no transcorrer do procedimento, defendendo-se e exercendo contraditório, não poderá o magistrado, na fase processual, valer-se apenas do inquérito para proferir sentença condenatória, pois incorreria em clara violação ao texto constitucional (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 151),

Avena (2019) explica que com a edição da Lei 13.245/2016, uma parcela da doutrina passou a questionar a característica inquisitorial do inquérito. Isso porque na legislação supracitada, alterando o art. 7.º, XXI, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), ficou estabelecido que o advogado tem direito de

Assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos (BRASIL, 2016).

Portanto, a inquisitorialidade do inquérito se caracteriza pela inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no curso da investigação preliminar.

3.2 A (in)aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial

O direito de defesa é um direito natural, ele indispensável para a correta administração da justiça. Negar esse direito a alguém, resulta na violação dos elementares postulados do moderno Processo Penal.

Portanto, a defesa tem como objetivo a proteção do direito do acusado de apresentar sua versão dos fatos, garantindo efetividade, com base em todos os meios de prova lícitos que forem possíveis, influenciar no seu julgamento. Destaca-se que mesmo que haja a violação de seus direitos de defesa técnica ou autodefesa, e nenhum prejuízo lhe resultar, não será necessário declarar a nulidade dos atos processuais.

O inquérito policial, bem como as outras formas de persecução penal de natureza preliminar ou prévia, é fase procedimental. Essa fase carrega grande significado e importância, tendo em vista que, nesse momento, é possível observar a obtenção de meios de provas por meio de atos que se tornam irrepetíveis.

Bonfim (2019) explica que de acordo com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa, refere-se aos “litigantes” e aos “acusados em geral”, por esse motivo não é possível aplicar tais garantias ao indiciado, tendo em vista que não há nessa fase investigativa acusação propriamente dita.

Já nas palavras de Renato Marcão

Não é correto falar em acusado nesse momento da persecução penal, e exatamente por isso não há ampla defesa, tampouco contraditório pleno nessa mesma fase, sem que disso se possa extrair violação aos respectivos princípios constitucionais, incidentes e essenciais na persecução penal em Juízo (MARCÃO, 2016, p. 97).

Mas o autor explica que não é correto dizer que não há defesa no inquérito policial, isso porque o artigo 14 do Código de Processo Penal assegura ao investigado a possibilidade de requerer diligências durante as investigações. Ainda, ao acusado é assegurado o direito de não produção de provas contra si mesmo (MARCÃO, 2016).

Ademais, mesmo havendo uma pequena possibilidade do exercício da ampla defesa, ela não é aplicada de forma integral.

Pacelli (2020, p. 543) explica que determinadas medidas devem mesmo ser tomadas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal, “Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, desde o início, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude da defesa”.

Com a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, várias possibilidades se tornariam possíveis, como o direito de fazer perguntas às testemunhas e até mesmo arguir suspeição do delegado de polícia, por exemplo (BONFIM, 2019).

É importante também trazer o entendimento jurisprudencial para fundamentar o tema. A seguinte decisão do TRF - 4 é datada de 2017, em sua ementa é possível observar a afirmação relacionada a impossibilidade da aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, tendo em vista que esse procedimento é meramente informativo, como se vê:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. SEGREDO DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 1. **O inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente informativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal.** 2. Admitido, em caráter excepcional e à vista das peculiaridades do caso, o acesso de terceiro, suposta vítima, ao inquérito policial, ressalvada a impossibilidade do conhecimento de documentos bancários e fiscais de terceiros e das diligências policiais em curso, cuja quebra de sigilo possa acarretar inconveniência à eficácia do procedimento investigatório. (TRF4 5008379-94.2017.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 01/06/2017)

O seguinte julgado também é do TRF – 4, data de 2019, e nela é informado que no inquérito policial há o contraditório diferido:

PENAL.CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 38 DA LEI 9605/1998. UTILIZAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COM INFRINGÊNCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO. CONDUTA TÍPICA. PROVAS DO INQUÉRITO JUDICIAL. IRREPETIBILIDADE. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. HARMONIA COM A PROVA PRODUZIDA EM JUÍZO. CAUSA DE DIMUIÇÃO DO ARTIGO 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.605/98.INAPLICABILIDADE. DOLO COMPROVADO. [...] 2. **em relação às provas irrepetíveis, o contraditório é diferido para o momento em que os elementos são trazidos a juízo**, atendendo às garantias do devido processo legal e da ampla defesa. logo, **os documentos produzidos na fase pré-processual possuem força probatória, dada a sua irrepetibilidade e sua presunção de legitimidade.** a condenação não se deu unicamente com base em prova colhida no inquérito policial, já que também se baseou no interrogatório prestado pelo

próprio apelante durante o interrogatório judicial, onde aquele admitiu que cultivava arroz a menos de 500 metros da margem do rio uruguai. 3. Inaplicável a causa de diminuição do artigo 38, parágrafo único, da lei 9.605/98, porquanto o crime foi doloso. o dolo no agir do apelante restou evidenciado, primeiramente, pelo aumento da área cultivada em área de preservação permanente, mesmo após a notificação administrativa pelo órgão de proteção ambiental; depois, pelo fato de que apelante plantava arroz na área de preservação permanente na condição de proprietário das terras dedicadas ao cultivo e não de arrendatário, conforme afirmou em juízo ao tentar eximir-se da responsabilidade penal por sua conduta. evidenciado, assim, o dolo no agir do apelante, o qual com vontade livre e consciente utilizou área de preservação permanente do rio uruguai para o cultivo de arroz irrigado com infringência, portanto, das normas de proteção ambiental. 4. Apelação improvida. (TRF4, ACR 5003492-11.2011.4.04.7103, OITAVA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 05/12/2019)

Importante, então compreender no que consiste o contraditório diferido. De acordo com a doutrina, quando é necessário a produção de provas urgentes no inquérito policial, como o corpo de delito, por exemplo, elas deverão ser produzidas, pois não poderão ser repetidas no processo. Nesse caso, as partes poderão exercer o contraditório sobre essas provas no curso do processo, daí se fala contraditório diferido.

Emerson Silva Barbosa, delegado de polícia, defende a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial:

A eficácia jurídica da investigação deve ser o objetivo principal da autoridade que dirige a persecução extrajudicial e não a busca sem limites de uma verdade inatingível. Daí se constatar a importância do contraditório e da ampla defesa já no início da persecução penal, sob pena do Estado se voltar com toda sua força sobre o investigado ou acusado, sem lhe fraquear a possibilidade de participação efetiva no processo, desde seu nascedouro, que é a investigação preliminar (BARBOSA, 2011, p. 86).

Assim, percebe-se que existe um movimento a favor da aplicação dessas garantias constitucionais no inquérito policial, mas na prática, sabe-se que não há a aplicação, e até mesmo a jurisprudência brasileira afirma isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado no desenvolvimento do presente trabalho, quando o ofendido busca a autoridade policial buscando o início das averiguações na hipótese de existir ofensa ao bem jurídico, a autoridade fica responsável acumula todas as informações, e as regularizar, e se convencendo da existência de um crime, instaurar inquérito policial.

Assim, o inquérito policial, de acordo com a doutrina majoritária, é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, e visa a colheita de provas para apurar uma infração penal e a sua autoria.

Mas como é sabido, no processo penal o acusado tem direito a se defender, por meio das garantias constitucionais. As principais garantias processuais invocadas são o contraditório e a ampla defesa, previstas constitucionalmente. Ademais, questiona-se a aplicação dessas garantias no curso da investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial.

Assim, como estudado, a ampla defesa e o contraditório não são aplicados no curso do inquérito policial, somente o contraditório diferido quando se trata de provas irrepetíveis. Logo, durante a investigação preliminar o investigado não pode se defender.

Isso gera muitas críticas de estudiosos do direito, pois o acusado deveria ter o direito de se defender desde o início da persecução penal: no inquérito policial. Mas para que essa possibilidade surja, o processo penal brasileiro deve passar por uma reforma, fazendo com a persecução penal como um todo seja garantista, e não só o processo penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, 2019.

BARBOSA, Emerson Silva. **O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. In: Sistema Penal & violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Volume 3, número 1, p. 74-88, janeiro/junho 2011. Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942>. Acesso em 29 set. 2021.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRASIL, **Decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRASIL, **Lei 8.906 de 4 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 29 set. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; GABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA QUEM SE RECUSA A TOMAR A VACINA DO COVID-19 NO BRASIL

ANTONIO FERNANDO LIMA DOS SANTOS:

Graduando em Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho.

ROBERTO BRENO AQUINO NOBRE²³⁰

(coautor)

ANDREIA NADIA LIMA DE SOUSA PESSOA²³¹

(orientadora)

RESUMO: Em 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou situação de urgência na saúde pública em decorrência do vírus da COVID-19. Diante disso, foram impostas restrições a quem se recusou a tomar a vacina no Brasil. Tais restrições acabaram infringindo os direitos fundamentais, antes e durante a vacinação da COVID-19, um exemplo dessas limitações foi o fechamento de instituições de ensino através de decretos governamentais, no qual determinaram a interrupção das aulas presenciais por tempo indeterminado, medida essa que tinha finalidade a diminuição na propagação do vírus. Assim, o estudo tem como objetivo analisar os efeitos da pandemia da COVID-19, relacionadas a restrições dos direitos fundamentais para quem se recusa a tomar a vacina do COVID-19 no Brasil. Destacando as restrições dos direitos fundamentais violados através de decretos e leis e verificar as imposições atribuídas a quem se recusou a fazer o uso do imunizante da referida doença. Portanto esse trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica narrativa, baseada no método de abordagem dedutiva, para a percepção de um raciocínio dedutivo, e a partir disso chegar a uma conclusão sobre o tema abordado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Restrições, Covid-19

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos fundamentais são aqueles inerentes à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Segundo VA Da Silva (2009) todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como uma concessão do Estado, pois, alguns destes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são

²³⁰ Graduando em Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho.

²³¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho–UNIFSA, Mestre em Direito

reconhecidos nas cartas legislativas. As pessoas devem exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento de suas necessidades básicas.

Aquino (2020) trata que diversos países em todo o globo impuseram severas restrições às pessoas físicas e jurídicas, com o único objetivo de frear o avanço da COVID-19. Destaca também que foram adotadas medidas rígidas como o fechamento de fronteiras, a proibição de aglomerações públicas, restrições para o comércio, adoção de home office e até a aplicação de multas ou abertura de investigação criminal e de processo contra pessoas que transitam nas ruas descumprindo as normas, tendo em vista que a principal forma de transmissão do vírus é através de aglomerações, onde há intenso contato físico entre as pessoas, mantendo-se apenas os serviços públicos e atividades essenciais para a sociedade.

Segundo Acosta (2020) a COVID-19 é uma doença de origem zoonótica, onde há indícios de que o coronavírus tenha migrado de animais para os seres humanos, mas não existem estudos que concretizem essa hipótese, doença esta que atribui um grave quadro de síndrome respiratória aguda, ocorrendo, em relevante parcela dos casos, sérias complicações no pós-covid, por isso foram definidas restrições, entre elas o ingresso de pessoas no país, evitando a contaminação, restrição esta que já foi debatida anteriormente em casos de pandemia.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a situação de pandemia no mundo, devido a grande e rápida propagação do vírus, sendo reconhecida, tal situação de contágio, em escala mundial, alcançando todos os continentes.

Diante do quadro pandêmico, foram tomadas, pelo governo do Brasil, medidas restritivas por meio de decretos, como por exemplo, o direito de ir e vir, a educação, entre outros, que limitaram direitos fundamentais, atingindo todo território nacional, tais imposições devem ser tratadas com bastante cautela, pois se tratam de garantias elencadas na Constituição Federal de (1988).

Ante o exposto, pela ausência de vacinas e a incerteza dos tratamentos disponíveis para a população, representantes das secretarias da saúde e do Estado, recomendaram o lockdown, permitindo também a implementação de medidas conducentes à manutenção de direitos sociais, como a saúde, porém houve restrições a alguns direitos fundamentais para evitar o alastramento da doença e, dessa maneira, diminuir a quantidade de casos e, conseqüentemente, de mortes que houveram em decorrência dessa doença.

No que se trata a Pandemia decorrente do novo coronavírus SARS-CoV-2, denominado também de COVID-19, países de todo o mundo adotaram medidas preventivas com o intuito principal de conter a propagação da doença, tais como o isolamento, testagem para a detecção do novo corona vírus e manter o distanciamento.

Segundo Ferraz (1998), colocam a saúde na sua verdadeira dimensão intersetorial, tendo como eixo a qualidade de vida (Brasil, 1988). Com o surgimento das vacinas para a COVID-19, surgiram também novas restrições impostas as pessoas que decidiram não fazer o uso do imunizante, tendo em vista que desde o seu aparecimento sempre houve uma certa desconfiança da população sobre a segurança das vacinas.

No campo jurídico, para solucionarmos as relações ou os conflitos existentes entre a saúde pública e os direitos humanos, será necessário equilibrar os direitos individuais, ou seja, liberdade individual, autodeterminação, os direitos coletivos, responsabilidade e interesses comunitários, a divergência que ocorre entre o individual e o coletivo entre restringir liberdade a capacidade de auto determinar-se frente à vacinação. Portanto é de suma importância que esse assunto seja analisado, na perspectiva dos direitos fundamentais relacionando-se também com o direito à saúde.

O presente texto tem como objetivo, analisar, coletar a bibliografia, precedentes e posições jurídicas sobre as restrições dos direitos fundamentais a quem se recusa a tomar a vacina COVID-19 no Brasil, do mesmo modo obter e identificar os projetos de lei, os decretos e a legislação pátria atinente e, por fim abordar casos concretos que versem sobre as restrições atribuídas a quem se recusa a tomar a vacina da COVID-19 no Brasil.

Pode-se definir a pesquisa em questão como de natureza bibliográfica narrativa, uma vez que seu método de análise da situação em questão parte de noções mais gerais rumo à especificidade dos casos, a fim de se chegar a uma conclusão plausível. Quanto à abordagem do problema, é uma pesquisa qualitativa, uma vez que sua construção baseada em informações muitas vezes não quantificava, por se referirem a relações e experiências humanas. A presente pesquisa caracteriza-se, quanto ao instrumento de recolhimento de dados, no modo de uma pesquisa bibliográfica, a qual se define como a busca por informações por fontes literárias em geral, como artigos, livros e documentos, na base de dados Google acadêmico, scielo com o fim de embasar o estudo a ser desenvolvido.

O trabalho está estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro versou a cerca dos direitos fundamentais em tempo da COVID-19, (subdividindo-se nos direitos fundamentais restritos no período da pandemia). O segundo tópico buscou

analisar a desinformação sobre a eficácia das vacinas, e conseqüências causada as pessoas que não tinham total conhecimento sobre a vacina, e conseqüentemente sobre responsabilidade de vacinação infantil, pela grande quantidade de litígios que ocorreram em razão da vacinação de crianças, em que os pais não aceitavam que essas pessoas fizessem o uso do imunizante. O terceiro capítulo, acerca do vínculo entre a COVID-19 e o princípio constitucional da proporcionalidade.

2.DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPO DO COVID-19

Segundo Croda e Garcia (2020) em 31 de dezembro de 2019, foi alertada a Organização Mundial de Saúde (OMS), sobre os primeiros casos de pneumonia ocorridos na cidade de Wuhan, na República da China. Após alguns estudos identificaram como um novo tipo de corona vírus o COVID-19, vírus este, que se manifesta como grande potencial de desenvolvimento de síndromes respiratórias agudas, causando transtornos aos indivíduos, alguns ficando gravemente doentes e exigindo atenção médica. Os idosos e aqueles com condições médicas subjacentes, como doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias crônicas ou câncer, são mais propensos a desenvolver doenças graves. Qualquer pessoa pode contrair COVID-19 e ficar gravemente doente ou morrer independente da idade. A pandemia COVID-19, tem se manifestado de forma assombrosa, em todo o cenário mundial, pela grande facilidade de contágio, podendo se propagar de pessoa para pessoa por meio de gotículas do nariz ou da boca que se espalham quando alguém doente tosse ou espirra, seu período de incubação, que é o tempo para que os primeiros sintomas apareçam, pode ser de 2 a 14 dias, sendo de forma silenciosa, representando uma crise sanitária a nível internacional de difícil controle. Como início, sem a certeza de tratamentos preventivos para evitar a contaminação e sem previsões de vacinas, levou países a adotarem medidas emergenciais de isolamento e restrições de direitos fundamentais. Neste contexto, a Organização Mundial da Saúde (2020) tem estimulado a adoção do isolamento e das restrições aos direitos fundamentais, como medidas mais eficazes durante esse momento de crise sanitária. Impondo em todo o planeta, como no Brasil, grandes desafios para o enfrentamento da crise, adotando limites dos direitos e das liberdades constitucionais, garantidos aos cidadãos no mundo democrático, estabelecendo restrições as pessoas físicas e jurídicas como único objetivo de prevenir o desenvolvimento da COVID-19.

Foram adotadas várias medidas rigorosas como fechar fronteiras, proibindo aglomerações públicas, restringindo o comércio, estabelecer escritórios em casa, com a adoção de home Office e até mesmo a aplicação de multas, iniciando investigações de procedimentos criminais para quem sair as ruas descumprindo normas, mantendo

apenas serviços públicos e atividades sociais básicas. Autoridades Brasileiras adotaram diversas medidas que têm amparo na Constituição Federal que são de extrema e necessária importância para o enfrentamento da pandemia. Em fevereiro de 2020, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus”. A referida lei permitiu o isolamento de pessoas contaminadas, restrição de atividades e separação de pessoas suspeitas de contaminação denominada como quarentena, além da realização compulsória de exames médicos e outras providências.

Uma portaria interministerial ministrada pelo (Ministério da Justiça e segurança pública: Sergio Moro e Ministério da Saúde: Luis Henrique Mandetta) previu também que aquele quem não se sujeitar às medidas poderia responder pelos crimes de infração e de desobediência de medida sanitária preventiva.

2.1 Restrições dos direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil, traz em seu título II, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sendo subdivididos em cinco capítulos, Direitos individuais e coletivos, Direitos sociais, Direitos de nacionalidade, Direitos políticos e Direitos relacionados à existência, no que diz respeito às garantias fundamentais da pessoa humana.

Conforme explicito na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu título II, que menciona o direito à vida, direito de locomoção no qual é garantida a circulação em todo território nacional a toda pessoa, sendo ela nacional ou estrangeira, desde que respeitando os limites da lei, direito à educação que foi objeto de bastante repercussão por se tratar da suspensão das aulas presenciais por período indeterminado, de tal forma que nem todas as instituições de ensino possuíam capacidade de migrar as aulas presenciais para as aulas remotas, o que acabou ocasionando uma certa desigualdade em relação à interrupção desse direito, por não ter entrado na categoria de um serviço essencial, direito à intimidade, que em razão do direito fundamental à intimidade/privacidade (art. 5º, X, da CF), uma pessoa que possui uma doença tem o direito de manter reservas e não contar para ninguém. Mas os responsáveis médicos ao examinarem pessoas com confirmação ou apenas suspeitas de ter contraído o COVID-19, tem o dever de informar as autoridades competentes de saúde sob pena de cometer crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do CP) entre outros direitos.

Porém, se tratando de cláusulas pétreas que não são suscetíveis de abolição ou redução, mesmo que por emendas constitucionais, esses direitos podem sofrer restrições em caso de situações extremas como foi o da pandemia da COVID-19, que

por se tratar de situações extremas, essas medidas foram de total necessidade para conter a propagação do vírus, pois de um modo geral, está relacionada a saúde sanitária de toda a população. Um exemplo dessas medidas foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu por nove votos a dois manter a paralisação de atividades religiosas coletivas presenciais por um período indeterminado, no Estado de São Paulo, com a intenção de diminuir o número de casos de pessoas infectadas pelo vírus da COVID-19. A Corte entendeu que tal proibição não fere o núcleo essencial da liberdade religiosa e que a prioridade do atual momento é a proteção à vida.

2.2 Direito à vida e o direito de ir e vir.

O direito à vida e o direito de ir e vir, assim como todos os outros direitos fundamentais, não são absolutos, mas têm caráter relativo. Como aponta Rêgo e Oliveira (2015) o direito à vida tem se mostrado mais ponderado por sua relevância e um peso superior aos outros direitos para o ser humano, cabendo à lei garantir essa legitimidade. Disposto no caput do art. 5º do texto constitucional assegurada a "inviolabilidade do direito à vida"; O direito de ir e vir, previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição da República que diz: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Com a implementação de decretos no período da pandemia sobre a circulação de pessoas, proibições de frequentar determinados lugares, para assegurar a saúde da sociedade, evitando a propagação da doença e o grande congestionamento nos hospitais, passou a gerar questionamentos sobre a violação do direito fundamental. De acordo com essa visão entre o conflito do direito à vida e o direito de ir e vir deve haver a ponderação de direitos, tendo que prevalecer um ao outro, necessitando limitar o direito de ir e vir das pessoas, para impedir que várias outras morram. Segundo Cavalcanti (2020). Após refletir sobre o tema, defendo por constitucional os decretos estaduais limitando temporariamente a liberdade de ir e vir das pessoas enquanto assim for necessário para preservar a vida das pessoas.

Como vimos à ponderação citada acima, não faria sentido, portanto seria algo irracional, excluir o direito à vida que é de suma importância, por um direito de livre locomoção, não excluindo absolutamente o direito de ir e vir, mas é bem provável, que seja melhor ficar temporariamente restrito a um direito, preservando não só a própria vida, como também de outras pessoas de uma forma coletiva, a exemplo de ficar em casa e só sair para a necessidade de serviços essenciais, do que abrir mão

do direito à vida se expondoem meio a população a ponto de perder definitivamente o direito à vida.

2.3 Direito à educação

A pandemia da COVID-19 tem levado a sociedade a diversos problemas sociais, como desigualdade de renda, violência e precariedade dos postos de trabalho, que, historicamente, afetam a vida de milhares de pessoas. Ao se tratar da educação a situação não é diferente, ficando com mais dificuldades as pessoas que possuem baixa renda, pois com a paralisação das aulas presenciais, uma grande parte das instituições de ensino não tinham estrutura de manter o ensino a seus alunos de forma remota.

Com essa problemática, da baixa estruturação do sistema online para a educação remota, tanto para o docente quanto ao aluno, tendo um serviço de baixa qualidade, pela falta de adequação e não ser tão eficaz essa forma de ensino. Segundo o Programa Todos Pela Educação, através da pesquisa realizada pelo CETIC (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação) demonstra que mesmo o Brasil tendo uma grande taxa de pessoas com acesso à internet, esse determinado serviço é de baixa qualidade, falta infraestrutura que esteja condizente com a quantidade de acessos com o qual a modalidade de ensino remoto propõe, ainda assim, é essencial que haja equipamento disponível para atender as necessidades dos professores e dos alunos.

Escolas com aulas suspensas, causam violações ao direito à educação e da criança e do adolescente, como trata Bosa (2021) manter suspensa a prestação da educação de forma presencial e a ausência de sua obrigatoriedade em todo o país, viola o direito fundamental à educação da criança e do adolescente, embora algumas escolas e universidades conseguiram manter o método de ensino de forma online, outras não tiveram a mesma oportunidade, o que acaba gerando uma certa desigualdade acerca da interrupção desse direito.

Assim, mesmo em tempos de COVID-19, considerando que as determinações de isolamento foram flexibilizadas em todos os setores do país, o Estado, a família e a sociedade não podem mais se eximir do seu dever de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em especial o da educação, em atendimento ao princípio do melhor interesse.

2.4 Direito à intimidade

A lei Federal nº 13.979/2020 estabeleceu a realização de exames de forma compulsória de exames médicos, teste laboratoriais, coleta de amostras clínicas,

vacinação e outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos. Sendo esta obrigatoriedade contrária aos direitos fundamentais, como podemos citar, contra o direito à intimidade está descrito no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, como podemos salientar que nem um direito fundamental, é visto de forma absoluta, quando se trata em colocar o risco à vida e a saúde de uma comunidade. Como noticiado pela imprensa Garrt (2020), um advogado do Distrito Federal, apesar de sua esposa estar gravemente doente e apresentar vários sintomas, recusou-se a fazer o teste para confirmar a doença e cumprir as regras de quarentena, levando o governo local a entrar com uma ação judicial. Uma liminar para forçar os advogados a testar e cumprir as medidas de quarentena necessárias para evitar a propagação do vírus.

Segundo Palhares *et al* (2020), compreender de que forma o direito à privacidade pode ser afetado pelo monitoramento de dados, informações e geolocalização adotados pelo governo federal para fins de combate à pandemia e garantia do direito à saúde. Cumpre, portanto, delimitar o conceito desse direito que será ponderado na situação em exame.

No entanto salvar vidas é o mais urgente e importante objetivo. Restrições de direitos e liberdades impostas com a finalidade de salvar vidas em situação de emergência, contudo, incluindo aquelas implementadas através de monitoração tecnológica de aparelhos celulares, drones ou câmaras de vigilância, devem ser removidas, e dados têm de ser destruídos, tão logo a emergência seja finalizada ou as medidas não mais sejam proporcionais. A emergência de saúde pública não deve ser abusada a fim de usurpar poder, ou permanentemente suspender as proteções de direitos e liberdades (EUROPEAN, 2020).

Para um bem maior à sociedade evitando, que chegue ao ponto da alastação da doença contaminar a saúde sanitária de todo país, não restringir totalmente e nem definitivamente, mais por um tempo determinado, até tudo se controlar.

3. DESINFORMAÇÃO SOBRE A EFICÁCIA DAS VACINAS

Após os resultados de testes com vacinas fabricadas por companhias farmacêuticas em diversos países, muitas informações falsas e enganosas sobre a vacina iniciaram a circular com mais intensidade, compelindo a imprensa a verificar e negar esse conteúdo.

O desencorajamento das pessoas em tomarem a vacina para a COVID-19 se justifica, principalmente, por conta da desinformação sobre esta, aumentado com o início da imunização, que no Brasil se deu na data de 17 de janeiro de 2021 (Roberto *et al*, 2022).

Além disso, a propagação das denominadas fake news, ou seja, notícias sobre o vírus Sars-CoV-2 que não possuem fundamentação científica comprovada e são provenientes de autores desconhecidos, enseja ainda mais no desestímulo de parte da população em ser imunizada, causando efeitos negativos e agravando a crise sanitária enfrentada no Brasil.

O principal meio de difusão dessas notícias é através das redes sociais como o Instagram, Facebook, Twitter e WhatsApp, que são as plataformas em que estas desinformações circulam mais rapidamente em decorrência da facilidade para compartilhar com outros grupos de pessoas, gerando convicções errôneas a respeito da vacinação.

Para exemplificar, vale destacar um discurso de grande repercussão nacional, retirado da revista eletrônica Isto É (2020), proferido em dezembro de 2020 pelo atual presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, no qual ele alega o seguinte: “Lá no contrato da Pfizer, está bem claro nós (a Pfizer) não nos responsabilizamos por qualquer efeito colateral. Se você virar um jacaré, é problema seu”. Complemente: “Se você virar Super-Homem, se nascer barba em alguma mulher aí, ou algum homem começar a falar fino, eles (Pfizer) não têm nada a ver isso. E, o que é pior, mexer no sistema imunológico das pessoas”.

Discursos como esse, principalmente vindo de alguém como o Presidente da República Federativa do Brasil que possui inúmeros simpatizantes, influencia negativamente na sociedade, causando insegurança e, até mesmo, pavor em relação à campanha de vacinação.

A rápida disseminação das falsas notícias também pode ser justificada pelo fato de que a esmagadora parte populacional não procura verificar se a fonte dessas divulgações é considerada confiável, como objetivo averiguar a veracidade das informações que receberam antes de repassar para outras pessoas.

Dessa maneira, apesar da eficiência da vacina ser comprovada cientificamente em prática, aqueles que preferem acreditar nas especulações, ocasionando em grave ameaça à saúde pública, pois coloca também a vida de outras pessoas em risco.

Ocorrendo, diante disso, a colisão de direitos fundamentais entre si, como é o da garantida saúde universal e igualitária e o da liberdade individual, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não dispõe que um princípio deve se sobrepor a outro, devendo, então, haver uma verdadeira análise do caso concreto em relação ao quadro pandêmico para a regular aplicabilidade de tais direitos e garantias fundamentais.

3.1 As consequências impostas aqueles que não tomaram a vacina

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nas Adis nº 6586 e 6587, que os estados tem o poder de exigir a vacinação obrigatória de seus cidadãos contra o COVID-19, vide:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

A decisão trata de uma vacinação compulsória, não sendo uma vacinação forçada, porquanto é levada a efeito por meio de medidas indiretas, para firma, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais para a imunização em rebanho da população para o bem da sociedade em geral.

Prevista na Lei 13.979/2020 (Brasil 2020) em seu artigo 3º, de acordo com a decisão, o estado pode impor aos cidadãos que recusem à vacinação as medidas

restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Portanto como agravamento da pandemia causada pela Covid-19 e a negativa em tomar a vacina por parte de algumas pessoas foi necessário a criação de projetos e legislações como por exemplo a lei Nº13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 como consequências danosas a estes, tendo como a principal finalidade estimular a imunização e proteger o direito a vida e saúde da coletividade.

Nesse sentido, a obrigatoriedade da vacinação se tornou uma realidade no Brasil, porém, é de suma importância ressaltar que as pessoas que se recusarem a tomar a vacina, não serão compelidas contra a sua vontade, sendo proibida a vacinação a força. No entanto, podem ser impostas sanções como consequência dessa escolha, estas serão determinadas pela União, estados, Distrito Federal e municípios, por meio de legislação, de acordo com suas necessidades.

As sanções de multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola, foram autorizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que os Ministros compreenderam como essenciais para diminuir os riscos causados pela COVID-19 e seus agravamentos, aplicando normas necessárias para a preservação da sociedade e do direito fundamental à saúde garantido constitucionalmente.

As proibições podem ser de diversos tipos, dentre elas as de restrições em frequentar determinados locais, como escolas, faculdades, shows, cinemas e transportes públicos e as de exercer determinadas atividades. Lugares como os mencionados passaram a exigir o comprovante de vacinação, com pelo menos duas doses aplicadas, para a livre entrada e permanência nesses ambientes, caso contrário o ingresso será restrito.

Determinadas empresas, em que os produtos estejam à disposição da sociedade, tomaram decisões mais extremas com seus funcionários e que ocasionaram, por vezes, em demandas judiciais, como é o caso das medidas de imposição de multa, diminuição salarial, cessação de benefícios, até mesmo, a demissão por justa causa daqueles que se recusaram a receber a vacina.

No Brasil houve a criação do aplicativo Conecte SUS, sendo este utilizado como um passaporte da imunidade para as pessoas exercerem algumas atividades cotidianas, pois este reúne as informações de vacinação do usuário, que podem ser obtidas por meio de simples cadastro na plataforma digital.

Nesse contexto, também vale evidenciar a promulgação da Lei Federal nº 13.979/2020 em 06 de fevereiro de 2020 com o objetivo de dispor sobre medidas a

serem impostas para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil e cumprir de maneira efetiva o dever de proteger a vida e a saúde dos indivíduos e toda a coletividade.

A citada lei, em seu artigo 3º, dispõe sobre as medidas de enfrentamento do surto ocasionado pelo corona vírus que podem ser impostas pelas autoridades competentes dentro de suas atribuições, tendo como uma de suas providencias a de determinar a vacinação compulsória da população.

Dito isso, fica evidente que aqueles que recusarem a tomar a vacina da COVID-19 no Brasil terão alguns de seus direitos fundamentais restringidos, como o de ir e vir, face a proteção do direito à vida e saúde da coletividade em um cenário de pandemia.

3.2 Responsabilidade de vacinação infantil

Os esforços para conter a pandemia, que envolvem práticas de tele medicina e o uso de outras tecnologias a fim de dar continuidade aos cuidados de saúde em domicílio, afetaram as ações de vacinação, que necessitam o deslocamento ao serviço de saúde, segundo (Bramer CA2020).

A preocupação dos pais de expor as crianças ao COVID-19 ao levá-las aos serviços de saúde para a vacinação também contribuiu para o declínio das coberturas vacinais. Estudo de risco-benefício em países africanos mostrou que as mortes evitáveis pela vacinação de rotina superam o excesso de risco de morte por COVID-19 associado ao comparecimento no serviço de saúde para a vacinação, evidenciando a necessidade de esforços voltados a aumentar as coberturas vacinais neste momento segundo (Abbas El AL 2020).

É inquestionável a importância da vacinação infantil que tenta conter a prevenção de doenças infecto contagiosas a vacina atua como defesa do organismo e quanto mais cedo for iniciada a vacinação mais cedo nosso organismo ficará protegido. De acordo com (DEOLIVEIRA BONANI 2021) Programas estatais como a Organização Mundial de Saúde (OMS) recomendam pelo menos a imunização de 90% dos bebês do mundo, trazendo a importância da vacinação ao nascer e até os 15 meses com as principais vacinas, que tem como objetivo criar anticorpos e resposta imunológica ao organismo, assim possibilitando o não desenvolvimento e contágio de doenças erradicadas.

A vacinação compulsória para combate ao avanço da pandemia do coronavírus é permitida no Brasil por meio de legislação vigente, com a lei Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 em seu artigo 3º:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

- a) exames médicos;
- b) testes laboratoriais;
- c) coleta de amostras clínicas;
- d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (Vide ADPF nº 754)
- e) tratamentos médicos específicos;

Assim como o tema já fora objeto de discussão junto ao Supremo Tribunal Federal. Segundo (MENEQUELLI et al 2022) no caso da vacinação infantil, sua compulsoriedade já é revista pelo ordenamento em relação ao calendário vacinal obrigatório, sendo exigida, por exemplo, para fins de matrícula escolar das crianças. No caso da vacina contra o Covid-19, até o presente momento apenas foi autorizada pela ANVISA a utilização da vacina da Pfizer para essa população (ANVISA 2022).

Segundo (VITÓRIO, Douglas et al, 2022) em uma análise que visa o posicionamento dos usuários do Twitter acerca da vacinação infantil contra a COVID-19 no Brasil.

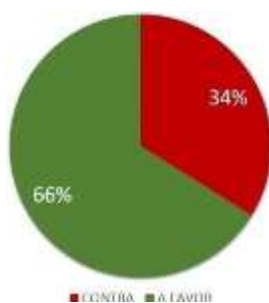


GRAFICO01 .(VITÓRIO, Douglas et al, 2022)

O gráfico 01 traz a proporção geral de tweets A FAVOR e CONTRA, mostrando quedas e aumentos, os dos usuários que emitiram opinião a cerca da vacinação infantil no período analisado se posicionaram a favor dela.

Gráfico com porcentagem de tweets A FAVOR e CONTRA.

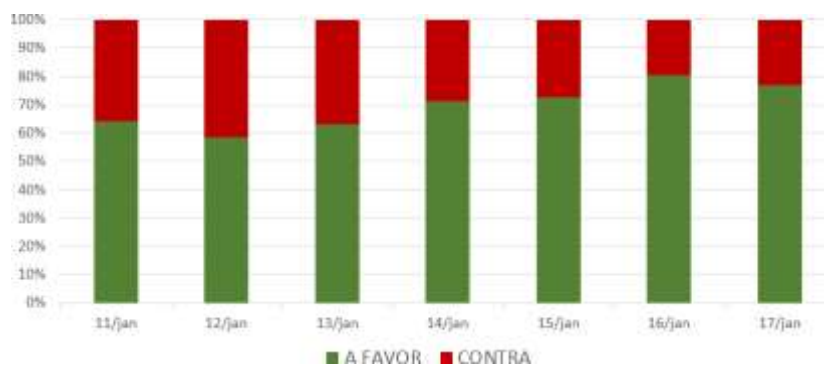


GRAFICO02

Opiniões favoráveis ou contrárias à vacinação infantil. (VITÓRIO, Douglas *et al*, 2022)

O gráfico 02 apresenta a distribuição entre as duas classes durante os sete dias da coleta. Com base nela, é possível concluir que a proporção de opiniões favoráveis foi maior em todos os momentos, porém essa proporção cresceu ainda mais depois do início oficial da vacinação infantil no Brasil (dia 14/01): até o dia 13/01, os tweets A FAVOR representavam cerca de 60% dos tweets diários, já a partir de 14/01, passaram a representar de 70% a 80%. Analisando os tweets, pode-se perceber que isso se deve ao fato de que, com o começo da imunização, mais pessoas foram ao Twitter se posicionando a favor da vacinação infantil.

A vacinação em adultos seguia avançando durante o ano de 2021, a imunização de crianças de 5 a 11 anos só teve início em alguns países no final desse ano e, em outros, nos primeiros meses de 2022, como é o caso do Brasil, cuja primeira dose de vacina infantil foi aplicada no dia 14 de janeiro de 2021.

4.0 VÍNCULO ENTRE A COVID-19 E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não está expressamente descrito no texto da carta magna de 1988, tendo como sucinta definição ser a demarcação imposta ao Estado no exercício de suas atribuições de limitar direitos e garantias denominadas fundamentais para o Estado de Direito, tendo como uma de suas finalidades principais o impedimento do autoritarismo e totalitarismo estatal. Dito isso, fica evidente a

importância do mencionado princípio e sua efetiva aplicabilidade conforme o determinado constitucionalmente.

Ocorre que, com o surgimento repentino da COVID-19, o Brasil, assim como diversos países do mundo inteiro, teve que impor medidas restritivas para desacelerar o contágio do corona vírus e diminuir o número de enfermos e de mortes. Acarretando, dessa maneira, em um conflito direto entre determinados direitos fundamentais, ou seja, o exercício de um desses direito por um titular colide com o exercício de direito por outro titular, sendo necessária a utilização domencionado princípio da proporcionalidade para solucionar essas incompatibilidades de direitos de maneira adequada para a sociedade.

Não há de se falar em hierarquia de um direito fundamental sobre outro, dessa maneira é necessário a análise do caso concreto para identificar qual direito, naquele cenário específico, deve prevalecer sobre o outro, por meio da ponderação. Assim, é possível inferir a necessidade de ponderar direitos que colide mentres i, utilizando, para atingir esse fim, o princípio da proporcionalidade, ou seja, em um caso concreto, existindo um peso diferente para cada norma, deve-se identificar aquela mais benéfica nas circunstâncias em questão. Sob esse prisma, á aplicação do princípio da proporcionalidade envolve a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa diante da circunstância colocada (MENDES, 2021).

A pandemia ocasionou o afloramento de duas posições extremadas: de um lado, há quem sustente que todo sacrifício é válido em prol da saúde coletiva; de outro, o colapso econômico deve ser evitado até mesmo ao custo de alguns milhares de mortes. Tais posições coincidem coma defesa de valores sociais fundamentais em qualquer comunidade, como a saúde pública e estabilidade econômica como também o afrontam de vários direitos fundamentais; mais ao fundo, estão valores individuais básicos: vida e a saúde por um lado; liberdade em seus múltiplos aspectos de outro, portanto realizando a ponderação com forçada legislação aplicando preferência a direito com peso superior.

Como se trata Carvalho Filho (2020) que defende tais medidas excepcionais autorizadas ao Executivo possuem como limite material a necessidade da sua adoção para tentar atenuar ou fazer cessar a situação de "anomalia social", e, como limite temporal, a duração desse estado anômalo. Portanto, para o autor, é teoricamente constitucional no sistema jurídico brasileiro a adoção de medidas restritivas de direitos que visem combater a pandemia, devendo ser feito o controle caso a caso por meio da máxima da proporcionalidade defendida por Alexy (2015), por se tratar de conflito entre direitos fundamentais, notadamente os direitos à vida e à liberdade.

No Brasil, foi adotado o modelo de autorização legal para outorgados poderes especiais ao governo. Em 06 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020), entregando poderes ao Executivo para adotar medidas de enfrentamento à pandemia, enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional, sendo que esse período, estabelecido pelo Ministério da Saúde, não pode ser superior ao declarado pela OMS, conforme o parágrafo 2º do art. 1º da mencionada norma legislativa.

É imperioso destacar que diante da colisão de direitos fundamentais, como no caso do direito à saúde e outros direitos é inarredável que não ocorra a ponderação entre eles, tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

Para que o referido princípio possa ser aplicado, pressupõe a análise de critérios como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal análise é primordial a fim de verificar a constitucionalidade da decretação do aludido instituto, uma vez que perante colisão de direitos fundamentais, o entendimento sedimentado no ordenamento jurídico é de que medidas proporcionais são constitucionais.

5. CONCLUSÃO

Em 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou situação de emergência na saúde em decorrência da COVID-19, devido a situação de calamidade, vários governos, inclusive o Brasil adotaram medidas ostensivas por causa do vírus, entre elas restrição aos direitos de locomoção.

No período de um ano os cientistas do mundo se uniram, para pesquisar uma vacina, que teve sua eficácia questionada, e em paralelo ao surgimento da vacina, houve a aplicação de medidas restritivas, a pessoas que se recusavam a tomar a vacina.

A realização do artigo mostrou que houve muitas pessoas se recusaram a tomar a vacina do COVID-19, sofreram restrições, desde o impedimento de frequentar determinados lugares até mesmo a possibilidade de ser demitido do emprego ou do cargo que exercia. Fizemos diversas pesquisas, sobre os direitos fundamentais, e as restrições desses direitos que vinham sendo restritas, com o decorrer do tempo, no período da pandemia, desde então começamos a fazer pesquisas, em sites bibliográficos, em artigos científicos que trata da mesma síntese.

Nesse contexto, há uma verdadeira e inevitável colisão entre direitos fundamentais que merece uma discussão aprofundada fundamentada na legislação

pátria, em especial na Constituição Federal com o intuito de demonstrar, através da análise de casos concretos, a aplicação mais efetiva desses direitos na sociedade.

Portanto houve uma ponderação que foi realizada entre os direitos fundamentais em prol de buscar uma saúde sanitária controlada no Brasil, e evitando que muitas pessoas morressem e hospitais ficassem congestionados, houve a ponderação restringindo, não de forma absoluta, mais sim de forma temporária, para prevalecer o direito a vida que tem um peso superior.

O Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da coronavírus”. A referida lei permitiu o isolamento de pessoas contaminadas, a restrição de atividades e separação de pessoas suspeitas de contaminação denominada como a quarentena, além da realização compulsória de exames médicos e outras providências.

Superior Tribunal de Justiça (STJ) precisou se manifestar sobre as implicações da pandemia no sistema prisional, buscando o equilíbrio entre a prevenção da doença, a proteção dos direitos fundamentais do preso e o interesse social tutelado na decisão que levou ao encarceramento seja para cumprimento de pena, seja em caráter provisório ou até mesmo pela falta de quitação de pensão alimentícia.

Como também algo que chamou muito a atenção de autores e dos governantes, foram as desinformações sobre as vacinas, pois com o início da vacinação muitos internautas, sem conhecimento científico, publicaram que a vacina não tinha eficácia e que causava outras doenças, dificultando então a imunização no Brasil.

O presente artigo tratou também, que as crianças tiveram seus direitos fundamentais restritos, em casos de frequentar determinados lugares, como escolas, parques, vários lugares, podendo somente entrar caso estivesse com a carteira de vacinação atualizada, caso não alguém denunciasse um pai que não vacinou seu filho, está sujeito a aplicação de multa como se trata o estatuto da criança e do adolescente.

Dessa forma, com intuito de agregar sobre o assunto, o artigo buscou aprofundar o máximo possível sobre as questões que tratam sobre o tema, se valendo de vários instrumentos que auxiliem na sua explicação.

Portanto, levando em consideração que essas restrições agrediram os direitos fundamentais inseridos na constituição da república federativa do Brasil, o presente artigo se vale do tratamento e estudos de casos práticos com a finalidade de aprofundar sobre o tema.

6. REFERENCIAS

ANVISA. Agência nacional de vigilância sanitária. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/vacinas>>.

AbbasK,ProcterSR,ZandvoortK,ClarkA,FunkS,MengistuS,etal.Routinechildhoodimmuni-
sation during the COVID-19 pandemic in Africa: a benefit-risk analysis of health
benefitsversus excess risk of SARS-CoV-2 infection. Lancet Glob Health. 2020;S2214-
109X(20)30308-9.[https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30308-9](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30308-9)

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução por Virgílio Afonso da
Silva. SãoPaulo:Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito
constitucionalbrasileiro**.2002.Disponívelem:
<<http://jus.com.br/artigos/3208>>Acessoem22agos.2022.

Bosa. M. A violação do direito fundamental à educação da criança e do adolescente
emtempos decovid-19.

Bramer CA, Kimmins LM, Swanson R, Kuo J, Vranesich P, Jacques-Carrol LA, Shen AK.
**Declinein child vaccination coverage during the COVID-19 Pandemic - Michigan
Care ImprovementRegistry**,May2016-
May2020.MMWRMorbMortalWklyRep.2020;69(20):630-
1.<https://doi.org/10.15585/mmwr.mm6920e1>

BRASIL, **Ministério da Saúde. Dados atualizados de Coronavírus no Brasil.**
Disponível em:<https://covid.saude.gov.br/>.Acesso em 29.03.2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para
enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional
decorrente do corona vírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência
da República, 2020.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.Acessoem:15nov.2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Crises, **pandemia e direitos fundamentais: o
perigo nasinterseções. Revista de Estudos Institucionais- REI**, [S.l.], v. 6, n. 3, p.
847- 860, dez. 2020.ISSN2447-
5467.Disponívelem:<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/565>.Aces-
soem: 01 nov. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.565>.

CAVALCANTI, A **pandemia e a limitação ao direito de ir e vir**, publicado em 04/2020, data de acesso: 16 ABR. 2022 disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81406/a-pandemia-e-a-limitacao-ao-direito-de-ir-e-vir> Acesso em 16.04.2022. em Saúde à epidemia da COVID-19. **Epidemiologia e serviços de saúde**, v. 29, p. e2020002, 2020. Doi: <https://doi.org/10.5123/S1679-49742020000100021>

DASILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e, 2009.

DE OLIVEIRA BONANI, Larissa; DE SOUZA, Gabriella Soares. **A importância da vacinação infantil para a erradicação do Sarampo**. Brazilian Journal of Health Review, v. 4, n. 3, p. 9731-9735, 2021. DOI: <https://doi.org/10.34119/bjhrv4n3-011>

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES. **Statement on European solidarity and the protection of fundamental rights in the COVID-19 Pandemic. 2020**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/ege/ec_rtd_ege-statement-covid-19.pdf.

FERRAZ, Elba Maria Nogueira et al. Composição florística em trechos de vegetação de caatinga e brejo de altitude na região do Vale do Pajeú, Pernambuco. Brazilian Journal of Botany, v. 21, p. 7-15, 1998.

<https://istoe.com.br/bolsonaro-sobre-vacina-de-pfizer-se-voce-virar-um-jacare-e-problema-de-voce/> Levinson M, Cevik M, Lipsitch M. Reopening primary schools during the pandemic. N Engl J Med. 2020;383(10):981-5. <https://doi.org/10.1056/NEJMms2024920>

MENEQUELLI, Ana Carolina Moraes Aboin; SELHORST, Ana Paula Rodrigues. Compulsoriedade da vacinação infantil para COVID-19. **Saúde Coletiva (Barueri)**, v. 12, n. 73, p. 9573-9586, 2022. <https://doi.org/10.36489/saudecoletiva.2022v12i73p9573-9586>

PALHARES, Gabriela Capobianco et al. A privacidade em tempos de pandemia e a escada demonitoramento e rastreamento. Estudos Avançados, v. 34, p. 175-190, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.011>.

ROBERTO, F.L.; TAVARES, M.H.; ARAÚJO, P.C. de; FREITAS, M. do C.D.; CESTARI, J.

M. A. P. A busca de informação sobre covid-19 na web: uma perspectiva cibernética. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**, [S. l.], v. 16, n. 1, 2022. DOI: 10.29397/reciis.v16i1.2381. Disponível em: <https://www.recis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2381>. Acesso em: 10 out. 2022.

Santoli JM, Lindley MC, DeSilva MB, Kharbanda EO, Daley MF, Galloway L, Gee J, et al. **Effects of the COVID-19 pandemic on routine pediatric vaccine ordering and administration - United States, 2020.** *MMWR Morb Mortal Wkly Rep.* 2020;69(19):591-3. <https://doi.org/10.15585/mmwr.mm6919e2>

VITÓRIO, Douglas et al. **Análise de posicionamento dos usuários do Twitter acerca da vacinação infantil contra a COVID-19 no Brasil.** *Anais*, 2022.

XAVIER, Fernando et al. **Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19.** *Estudos avançados*, 2020.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE AXIOLÓGICA E PRAGMÁTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB O PRISMA DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

LUCAS LEONARDO MARQUES DO COUTO:

Pós-graduado *lato sensu* em Direito do Estado pelo Centro Universitário de Valença/RJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – Associação Caruaruense de Ensino Superior/PE. Advogado

LUIZ GUSTAVO SIMÕES VALENÇA DE MELO

(orientador)²³²

Resumo: O presente trabalho apresentou como objeto de análise elementos axiológicos e pragmáticos do acordo de não persecução penal, sob o prisma da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro. O objetivo geral do presente trabalho foi discorrer sobre a aplicação do acordo de não persecução penal em um viés axiológico e pragmático. O presente estudo desenvolveu-se de modo teórico e descritivo, utilizando-se o tipo de pesquisa documental e bibliográfica, abordando-se o tema por meio de uma pesquisa quanti-qualitativa. No decorrer do trabalho, é discutido o acordo de não persecução penal sob um viés axiológico e pragmático, relacionando-o com todos os conteúdos abordados no decorrer do trabalho. Em sede de considerações finais, o trabalho aponta o acordo de não persecução penal como forma de resolução de conflito construtiva, não podendo o referido instituto ser imposto, bem como, sustentou a mudança do valor ético coletivo do princípio da obrigatoriedade para os dias atuais, sendo o acordo de não persecução penal um instrumento legítimo de política criminal e faculdade do Ministério Público, não constituindo um direito subjetivo do acusado, conforme entendimento da 6ª Turma do STJ em 2022.

Palavras-chave: Justiça Penal Consensual. Princípio da obrigatoriedade. Acordo de não persecução penal

Abstract: The present work presented as an object of analysis axiological and pragmatic elements of the non-prosecution agreement, under the prism of mitigation of the principle of mandatory public criminal action in the Brazilian criminal procedure. The general objective of the present work was to discuss the application of the criminal non-

232 Doutor em Direito pela Universidade de Castilla – La Mancha. Mestre em Direito pela Universidad de Salamanca. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Sociedade Caruaruense de Ensino Superior. Graduado em Direito pela Sociedade Caruaruense de Ensino Superior. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Pernambuco

prosecution agreement in an axiological and pragmatic bias. The present study was developed in a theoretical and descriptive way, using the type of documentary and bibliographical research, approaching the theme through a quantitative and qualitative research. In the course of the work, the agreement of non-criminal prosecution is discussed under an axiological and pragmatic bias, relating it to all the contents addressed in the course of the work. In terms of final considerations, the work points to the non-criminal prosecution agreement as a form of constructive conflict resolution, since the aforementioned institute cannot be imposed, as well as supporting the change in the collective ethical value of the principle of obligation to the present day, the non-prosecution agreement being a legitimate instrument of criminal policy and the power of the Public Ministry, not constituting a subjective right of the accused, as understood by the 6th Panel of the STJ in 2022.

Keywords: Consensual Criminal Justice. Principle of obligation. Non-Persecution Criminal Agreement

Sumário: Introdução. 1 Consenso e Direito Processual. 1.1 Justiça Penal Consensual. 2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro e sua mitigação. 2.1 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sob o prisma do funcionalismo de Claus Roxin. 3 Acordo de não persecução penal: legitimação do instituto a partir de uma reflexão axiológica e pragmática. Conclusão. Referências

Introdução

O consenso é o futuro da Justiça no Brasil. Indubitavelmente, o grande desafio de escrever sobre Justiça Penal Consensual é quebrar paradigmas, vencer ideologias e trazer à tona que negociar uma não persecução penal não se trata de uma privatização de garantias, mas sim de efetivação de direitos e de um caminho mais célere para o acesso pleno à cidadania, tendo como base o Estado Democrático de Direito.

O acordo de não persecução penal foi criado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, e posteriormente, legislado pelo Congresso Nacional, através da Lei 13.964/2019, constatando-se que o referido instituto é um dos temas mais debatidos atualmente no âmbito do Direito, tendo em vista um grande descontentamento da sociedade em face da criminalidade que a cada dia mais cresce no Brasil, alinhados à forte descrença com a Justiça, que por diversas vezes é extremamente morosa e acaba interferindo diretamente no *status dignitate* de um indivíduo que está sofrendo uma persecução criminal.

O problema de pesquisa trazido pelo presente trabalho diz respeito a uma reflexão axiológica e pragmática da aplicação do acordo de não persecução penal. Não incorremos

em exposições que discutam a constitucionalidade do instituto. Ater-nos-emos exclusivamente às perspectivas axiológicas (valorativas) e pragmáticas (sociais) da aplicação do acordo de não persecução penal, no que atine a mitigação do princípio da obrigatoriedade.

O objetivo geral do presente trabalho foi discorrer sobre a aplicação do acordo de não persecução penal em um viés axiológico e pragmático, sob o prisma da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Registre-se, agora em sede de justificativa do tema, fazer menção a experiência como estagiário credenciado do Ministério Público de Pernambuco, o qual nos permitiu refletir de um ponto de vista axiológico e pragmático a aplicação da obrigatoriedade da ação penal pública, devendo ela ser repensada no dicotômico empírico e ético, de modo a legitimar o acordo de não persecução penal como um instrumento legítimo de política criminal.

Dessa feita, o trabalho desenvolveu-se inicialmente realizando uma abordagem filosófica acerca do consenso e o direito processual, mantendo a mesma abordagem ao tratar do princípio da obrigatoriedade. Tratou-se da evolução legislativa da Justiça Penal Consensual e a relacionou com os fundamentos axiológicos (mudança no valor ético coletivo do princípio da obrigatoriedade) e pragmáticos (dados estatísticos do CNJ e funcionalismo de Claus Roxin) para fundamentar a legitimidade do acordo de não persecução penal, editado pela Lei 13.964/2019.

1 Consenso e Direito Processual

A etimologia da palavra consenso advém do latim *consensus*, derivado de *consentire*, que significa “estar de acordo”. Da família etimológica de sentir (verbo)²³³. O contraponto do consenso, sem dúvidas, é o conflito, que nos remete a ideia de choque, embate ou até mesmo luta. Nos remonta a ideia do Coliseu Romano: cada indivíduo é colocado para se enfrentar, tendo que concentrar todos os seus esforços para vencer a disputa.

Os conflitos estão no DNA do ser humano, intrínseco em suas próprias raízes, não sendo possível evitá-los. Nesse sentido, percebe-se ao longo da história que a violência foi subvertida como um instrumento de legitimação do poder. O Estado passou a deter o *jus puniendi*, de forma a evitar a vingança pessoal, evitando-se, conseqüentemente, o uso da força arbitrária das próprias razões.

233 Disponível em <<https://www.dicio.com.br/consenso/>>. Acesso em 20/08/2019.

Portanto, concebeu-se uma formação civilizatória para a sociedade, de forma a tentar se evitar o uso da autotutela, e se trazer no âmbito do Estado a responsabilidade para resolver todos os conflitos sociais.

O Estado assume a função “pacificadora”, instituindo o sistema processual, concebendo normas de direito processual e estabelecendo uma grande sistemática de resolução de conflitos. A pilastra principal do direito processual é a jurisdição. Concomitantemente, surge o direito de ação como o meio que a população exige para que o Estado exerça seu poder jurisdição. Por fim, o processo surge como o instrumento da ação.

Sobre a premissa de como lidar com o conflito, vejamos as lições de Morton Deutsch, citado por Carlos Eduardo de Vasconcelos:

Conforme Morton Deutsch, o modo de lidar com o conflito, o meio de resolver o conflito, pode ser construtivo ou destrutivo. Para esse autor, os processos destrutivos caracterizam-se pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa, em virtude da feição competitiva de como essa é conduzida. Nesses processos destrutivos o conflito tende a expandir-se em espiral, frequentemente tornando-se independente de suas causas iniciais. Já nos processos construtivos, segundo Deutsch, são aqueles em que as partes vão fortalecendo a relação social preexistente à disputa.²³⁴

É fácil se constatar que o modelo processual brasileiro nos remete a ideia de uma resolução de conflito destrutiva, onde as partes são colocadas para litigar uma contra a outra, cada uma expondo suas razões, até que no fim de um processo, o Juiz, ao proferir sua decisão, ainda será desafiado por incontáveis recursos que estão previstos no nosso ordenamento.

O modo de lidar com o conflito do Estado, segundo Foucault, baseava-se na imposição de suplícios físicos a que eram submetidos aqueles que transgrediam a ordem social cometendo infrações penais²³⁵. O preso, principalmente nos dias atuais, é marginalizado, vive um sofrimento imensurável no cárcere e muito dificilmente é ressocializado. Percebe-se assim, que uma condenação criminal, na maioria das vezes, nos

234 DEUTSH, Morton *apud* VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 25.

235 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 18.

remete a ideia de resolução de conflito destrutiva, pois há um rompimento total deste indivíduo com a sociedade, em razão da postura punitiva utilizada pelo Estado.

Neste viés, Frederico Oliveira trata de uma chamada “crise no sistema de elaboração de justiça”:

Ter-se-ia, assim, uma crise no sistema oficial de elaboração da justiça. Seja no âmbito processual penal, seja na esfera processual civil, a crise evidencia-se não só pela precariedade estrutural do Estado-Juiz (humano-quantitativa, humano-qualitativa[ética], logística, tecnológica, material), mas principalmente em função de certas premissas que informam esse sistema: penalmente retributivo, civilmente individualista, em ambos os casos adversarial, com uma cultura de precedência do procedimento sobre o mérito das questões.²³⁶

Para minorar essa crise no âmbito do sistema de justiça criminal, podemos ver algumas soluções alternativas a imposição de uma medida privativa de liberdade, entre as quais se incluem a solução negociada do conflito.

Na visão de Habermas, citado por Fernanda Regina Vilares, a ética do discurso deve nortear as relações interpessoais, baseando-se em valores éticos discursivos e democráticos, de maneira a pôr uma solução negociada a um conflito sem o emprego violência por uma das partes. Vejamos suas lições:

Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que dependem do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de valides em princípio criticável.²³⁷

236 OLIVEIRA, Frederico José Santos de. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as) simétrica**. Caruaru/PE: Asces, 2019, p. 16

237 HABERMAS, *apud* VILARES, Fernanda Regina. **O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários**.

A partir de tais ideias colocadas ao presente trabalho, podemos destacar que o consenso Habermasiano²³⁸ se encaixa perfeitamente com concepção de resolução construtiva de Deutsch²³⁹. Compulsando as referidas explanações, podemos interligá-las ao ponto deste presente trabalho, remetendo-se a uma ideia de consenso como um acordo de vontades, baseando-se em valores éticos discursivos e democráticos associados a práticas de comunicação, com a finalidade de fortalecer uma relação social construtiva preexistente à disputa.

De tal arte, tendo por base a crise no sistema oficial de elaboração de justiça retromencionada, a direção a ser seguida pelo sistema processual brasileiro é abrir caminhos para os sistemas alternativos de resolução de conflitos, que já vem sendo bastante adotados e fomentados no âmbito cível, sendo, portanto, a grande questão a ser discutida a possibilidade de aplicar essa sistemática, com suas próprias peculiaridades, ao sistema de justiça criminal, dado os vários paradigmas envolvidos.

1.1 Justiça Penal Consensual

Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza apontam a existência de vários modelos de resposta estatal, destacando-se, o dissuasório clássico: consistente no toque punitivo da pena como retribuição pelo injusto causado pela prática criminosa, bem como meio de evitar o cometimento de outros crimes; o ressocializador: baseado na ideia de colocar o indivíduo novamente na sociedade, reintegrando-o de forma positiva; e por fim, o consensuado: inspirado na ideia de processos construtivos de solução de disputas, compreendendo-se a partir de modelos de acordo, conciliação, mediação e colaboração entre as partes, caracterizado pela pactuação dos envolvidos quanto ao desfecho da lide penal, tendo como finalidade a reparação de danos e de otimização da resposta estatal frente aos clamores sociais por Justiça²⁴⁰.

Diante das lições mencionadas, podemos apontar que o Brasil adotou um pouco de cada modelo de resposta estatal. O Código de Processo Penal, de uma forma implícita, adota o modelo dissuasório clássico, incentivando o conflito entre acusação e defesa,

<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016d49aeb3f2e05cf069&docguid=Ic6e7a590142d11e2b81401000000000&hitguid=Ic6e7a590142d11e2b81401000000000&spos=1&epos=1&td=1018&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 19/09/2019.

238 Id, Ibid.

239 DEUTSH, Morton *apud* VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense., 2017, p. 25.

240 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.) CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 123.

quase que colocando um muro entre as partes, não permitindo que essas negociem a melhor solução do conflito. As partes são colocadas para litigar para o Juiz ao final decidir. Nem sempre ao final, a decisão judicial é agradável as duas partes. A compreensão de se colocar na parte contrária, tentando entender suas opiniões e sentimentos é a verdadeira essência do processo, que é a resolução da lide. Sobre o tema, Carlos Eduardo de Vasconcelos:

A falta desta compreensão desvirtuou o princípio constitucional do contraditório, que perdeu, quase que totalmente, o seu sentido dialético, e se converteu em algo ambíguo, tecnista e alienador da cidadania. (...) Razões são produzidas pelas partes, cada uma delas encastelada em posições nas quais o dizer alheio – o do *ex adverso* – é o pretexto tão só para o desafio do desmoronamento da sua própria arquitetura conceitual.²⁴¹

Pondere-se, no entanto, que a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, no Brasil utiliza-se do modelo ressocializador, fomentando a volta do indivíduo para a sociedade, baseado na ideia criminológica de prevenção especial positiva.

Chegamos ao modelo de resposta estatal consensuado, que ainda pode ser subdividido em três: a) modelo reparador; b) modelo pacificador ou restaurativo; c) modelo de justiça negociada; e por fim, d) modelo de justiça colaborativa²⁴².

O Brasil começou a adotar o modelo consensuado em sua modalidade colaborativa, a partir da criação do instituto da colaboração premiada prevista na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que estabelece, em seu art. 8º, parágrafo único, a possibilidade de redução de pena em caso de colaboração de um dos participantes da *societate delictis* na elucidação dos fatos. No mesmo sentido, seguiu-se a Lei 9.034/1995 (revogada pela Lei 12.850/2013), Lei 9.080/1995, Lei 9.807/1999, Lei 9.613/1998, Lei 11.343/06 e a Lei 12.529/2001²⁴³.

Ademais, é de se ver que o sistema de justiça restaurativa teve como marco a entrada em vigor da Lei 9.099/1995, que consagrou o modelo consensual no ordenamento pátrio, apesar de várias críticas à época, acabou por mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal como regra principal, abrindo-se espaço para o princípio da oportunidade.

241 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense., 2017, p. 25.

242 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.) CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 123.

243 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). ALVES, Jamil Chaim. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 219/220.

Essa nova visão do Direito Penal, não mais baseado no modelo dissuasório clássico, permite facilitar o encontro de soluções consensuadas, que precisam ser compreendidas aos poucos no sistema jurídico-penal brasileiro, buscando-se a modificação do toque meramente punitivo do Estado e que necessariamente precise ser tratado obrigatoriamente no âmbito de sua Jurisdição.

O modelo de resposta estatal consensual, permite que se ouça mais a vítima, promovendo sempre que possível, a reparação de dano entre o infrator e aquela, de forma que se retire o muro entre as partes e permita-se que elas resolvam o conflito sem estarem em uma litigância exacerbada. Para isso, é necessário quebrar algumas premissas que envolvem a justiça criminal, sendo considerada como a principal, para fins do presente trabalho, a obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro, o qual tentaremos desmitificar e defender sua mitigação no presente trabalho.

2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro e sua mitigação

A primeira noção de Direito para a sociedade comum está ligada a ideia de justiça. Se observa, portanto, que antes de se observar o direito positivo, o operador do direito deve observar os valores axiológicos e fáticos que levaram a elaboração dessa norma. Por trás de cada norma, podemos enxergar ainda que implicitamente, um princípio.

O estudo dos princípios ganha bastante relevância quando estamos diante da ciência jurídica, tendo em vista o seu caráter tridimensional que é levantado por Miguel Reale. Para o renomado jurista, o direito possui um mínimo ético, que fundamenta o aspecto axiológico do Direito. O direito é visto como a concretização da ideia de justiça, na pluridiversidade de seu dever ser histórico²⁴⁴.

Neste viés, os princípios ganham destaque em qualquer estudo jurídico, tanto para nortear a aplicação das normas positivas, como para sua própria aplicação imediata. De fato, conhecer o estudo dos princípios é de suma importância para o operador do direito, que também deve observar o que levou a um ordenamento a adotar determinado princípio.

Frederico de Oliveira trata de fundamentos axiológicos do procedimento judicial, ressaltando que a norma processual é revestida de componentes axiológicos, observados

244 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 64/68.

na própria vida social, tentando submeter, formas coletivamente aceitáveis de resolução de conflitos de interesses²⁴⁵.

A partir dessa consideração, Frederico de Oliveira extrai que os princípios éticos normativos formam a denominada consciência jurídica popular, que servem de alicerces éticos da norma e concomitantemente atribuem-lhe legitimidade²⁴⁶. O referido autor, continua a lição ressaltando que “Os princípios agregados à norma jurídica são, em verdade, “princípios de justiça” estabelecidos histórica e culturalmente.”²⁴⁷

Nesse ponto é que os referidos autores guardam pertinência com o nosso tema de estudo, pois a crítica mais recorrente ao acordo de não persecução penal, é a aparente violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e entender o fundamento valorativo desse princípio é a chave para defender sua mitigação, sem desrespeitar o valor ético que está subsumido no referido princípio.

O posicionamento da doutrina majoritária é reconhecendo a existência do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sem previsão expressa. O referido princípio, é portanto, uma construção doutrinária, não sendo encontrado explicitamente no nosso ordenamento jurídico.

A tese de doutorado de André Luís Alves de Melo na PUC-SP, abordou a evolução do direito penal no mundo sob a égide histórica, bem como no âmbito da criminologia, política criminal e aspectos práticos, concluindo pela releitura dos artigos 24 e 28 do CPP e Art. 100, §1º do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988, considerando a autonomia do Ministério Público e independência funcional do Membro do Ministério Público²⁴⁸.

O referido pesquisador enaltece que o Brasil é o país ocidental mais atrasado nas inovações e pesquisas para se evoluir o funcionalismo penal, ressaltando que vários países da Europa e das Américas já adotam formas legais e jurisprudenciais para se flexibilizar a obrigatoriedade da ação penal. Nas palavras do dito autor, “tenta-se flexibilizar a execução penal (ao final) em vez de fazer a triagem no início (investigação e denúncia)”²⁴⁹.

245 OLIVEIRA, Frederico José Santos de. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as) simétrica**. Caruaru/PE: Asces, 2019, p. 30.

246 Id, Ibid, pp. 30-31.

247 Id, Ibid., pp. 30-31.

248 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves de Melo **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 173.

249 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves de Melo **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 173.

Pacelli explica que o princípio da obrigatoriedade não obriga o Promotor de Justiça a denunciar e mover incansavelmente a ação penal até a condenação, tendo em vista que o referido Promotor, caso verifique a existência de causas excludentes de ilicitude, pode pedir a absolvição do réu, bem como, caso vislumbre o princípio da insignificância em alguma peça de informação, pode requerer o arquivamento do feito²⁵⁰.

Nesta sintonia, entendemos que o princípio da obrigatoriedade está mais relacionado ao dever de agir – onde o Ministério Público, a partir de critérios objetivos fixados na lei, não poderá se eximir de suas atribuições, o que não enseja dizer que o referido membro do Ministério Público deva oferecer a denúncia em todos os casos.

Se assim fosse, haveria previsão constitucional ou legal expressa sobre a obrigatoriedade da ação penal, como ocorre no art. 112 da Constituição Italiana²⁵¹, ou como ocorre no art. 30 do Código de Processo Penal Militar²⁵², ambas normas citadas por André Luis Alves de Melo em sua tese de doutorado²⁵³.

Por tudo que foi exposto, o tratamento com o acusado deve ser o mais seletivo possível (seletividade definida em lei), de acordo com a gravidade do crime que lhe foi imputado, devendo-se tentar aplicar, com todas as forças, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

A Constituição Federal de 1988, manteve o viés ideológico adotado pelo legislador do Códex Processual Penal, conferindo ao Ministério Público, a titularidade da ação penal pública²⁵⁴, e assim sendo, o referido termo deve ser entendido como o de *dominus litti*, que detém atribuições não tão somente de ser o órgão acusador, mas também de ser o principal agente público de política criminal no país.

2.1 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sob o prisma do funcionalismo de Claus Roxin

²⁵⁰Id, Ibid, pp. 117/118.

²⁵¹ ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Artigo 112 da Constituição Italiana: O Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal.

²⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Artigo 30: A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria.

²⁵³ CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO, André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 173

²⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. [...]

No campo da Criminologia, Nereu José Giacomolli define a situação no processo penal brasileiro como instável e perturbadora:

A situação no processo penal brasileiro, na atualidade, é instável e perturbadora, em face da necessidade de sua vinculação à Constituição e de sua atuação infrutífera, desastrosa e destruidora dos sujeitos no processo, maquiadora do processo como sistema e aniquiladora dos sujeitos que atuam no processo; aniquiladora do ser que recebe a carga coativa (réu – sanção). Como regra, a situação é mais perturbadora porque o sistema criminal está destinado para incluir nele, negativamente, como sujeito passivo, o excluído pela sociedade, quem é, como regra, o réu do processo criminal. O tratamento recebido pelo sistema e pela potestade jurisdicional, quem deveria amenizar os danos, é de excluído do sistema, como sujeito que ingressa no processo já como culpado. Assim é tratado em todo o processo, ocorrendo uma inversão da presunção. Ademais, não é perfeita, pela própria natureza dos agentes que atuam no processo²⁵⁵.

As críticas supracitadas são extremamente pertinentes com o nosso estudo, pois quando o Ministério Público se torna um acusador automático, são jogados incontáveis processos para lotarem ainda mais as Varas Criminais do país.

Esse estado de coisas abre espaço para o desenvolvimento da ideologia penal do Funcionalismo, a partir de decisões valorativas político-criminais, conforme se referia Claus Roxin, citado por Rogério Sanches Cunha²⁵⁶.

Para entender a necessidade de adoção do Funcionalismo, devemos vislumbrar as consequências da adoção da obrigatoriedade da ação penal no atual cenário do sistema de justiça criminal brasileiro, que vê cada dia mais aumentar o número de processos, de modo a afetar diretamente os sujeitos de cada relação processual. A função do Juiz, ficou bastante limitada nos dias de hoje, tendo em vista que o referido não possui um tempo hábil para analisar intrinsecamente cada processo.

De acordo com dados de um levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo de um processo de conhecimento criminal é de 3 anos e dez meses, ressaltando-se que no ano de 2018, o acervo da Justiça Criminal cresceu 0,7% em um

255 GUAER, Ruth Maria Chittó (Org.). GIACOMOLLI, Nereu José. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 287.

256 ROXIN, Claus *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 128.

ingresso de 2,7 milhões de casos novos. Segundo os referidos dados, no total, somando os processos pendentes e baixados, havia 9,1 milhões de ações que tramitaram nesta esfera em 2018, excluídas as execuções penais²⁵⁷.

Abrir espaços para a Justiça Penal Consensual no Brasil é uma das formas de se enfrentar essa tramitação morosa que verificamos no Judiciário através de um meio alternativo de resolução de conflito que também garanta os direitos fundamentais do acusado.

As soluções alternativas à persecução penal são uma forma célere e eficaz de promover a responsabilidade do acusado e dar uma resposta rápida a sociedade. Evidentemente, no mundo ideal, seria muito melhor que todos os casos fossem levados para o Poder Judiciário, porém a realidade nos mostra que sendo possível solucionar o conflito sem a Jurisdição, mais rápida a solução do conflito para as duas partes.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade abre espaço para o princípio da oportunidade, que se compatibiliza com os princípios da economia processual e celeridade do processo. Na visão de Binder, citado por Rodrigo Leite Ferreira Cabral²⁵⁸, o princípio da oportunidade também se relaciona com os princípios da intervenção mínima, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio do respaldo.

O princípio da oportunidade é consequência da ideologia penal do Funcionalismo, pois o Ministério Público poderá, adotando critérios de política criminal, abrir mão da obrigatoriedade para oferecer uma solução mais célere ao conflito. Não parece razoável todos os litígios envolvendo o sistema processual penal passem por uma fase de conhecimento, pois conforme restou-se devidamente mostrado, o tempo médio de um processo criminal no Brasil é de 3 anos e 10 meses.

Rogério Sanches e Renee do Ó Souza entendem que a definição de requisitos para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma norma infralegal, equivale a legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin²⁵⁹.

257 <<https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>>. Acessado em 10/10/2019

258 BINDER *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 38.

259 ROXIN, Claus *apud* CUNHA e SOUZA, Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal**. Set 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 19/05/2019.

Neste contexto de implantação de medidas de política criminal para combater a morosidade do Poder Judiciário, foi criado o acordo de não persecução penal pela Resolução nº 181/17-CNMP, sendo posteriormente inserido no Código de Processo Penal, após as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019.

3 Acordo de não persecução penal: legitimação do instituto a partir de uma reflexão axiológica e pragmática

O direito de ação penal, para ser efetivamente instrumentalizado, necessita percorrer um caminho previamente previsto no ordenamento para evitar o excesso de poder que advém do *jus puniendi*. Isso é, para o Estado exercer o poder de punir, ele deve perseguir o acusado para promover sua responsabilidade penal, sendo esse caminho chamado de persecução penal.

Mougenot define a denominada "persecução penal" como *"o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal"*²⁶⁰.

Neste viés, a partir de uma interpretação da definição do supracitado autor, já podemos concluir que a persecução penal não nasce na esfera judicial – ou seja, com a instrumentalização do direito de ação, no caso, através da denúncia. A persecução penal nasce no exato momento em que é praticada a infração penal.

Por isso, o supracitado autor divide a *persecutio criminis* em três fases: a primeira fase, chamada de investigação preliminar, onde se apura a existência da infração penal cometida (prova da materialidade), e se há indícios suficientes para responsabilizar alguém (indícios de autoria). A segunda fase, se inicia com a ação penal, cujo momento em que o direito penal material se concretizará diante de cada caso concreto. E por fim, a terceira e última fase, é a da execução penal, onde encontra-se satisfeito o *jus puniendi* estatal.

A doutrina clássica desenvolveu o princípio da obrigatoriedade para reger a ação penal pública, o que implica dizer que a persecução penal, seja ela desenvolvida primeiramente pela polícia ou diretamente pelo Ministério Público, tornou-se um instrumento de litigiosidade exacerbada. Dessa feita, o modelo de persecução penal adotado nos últimos anos evidenciou a ineficácia da Justiça Criminal, o que levou a um fomento à adoção do consenso no âmbito do referido modelo de justiça.

Os espaços de consenso na Justiça Criminal, isto é, a Justiça Penal Consensual, vem se desenvolvendo no Brasil. Conforme explicitado alhures no início do presente trabalho, o referido sistema de justiça ganhou diversas leis que criaram formas de resolução de conflito fundadas no consenso entre a acusação e o acusado. Repita-se, a título de frisar o

260 BONFIM. Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 165.

referido argumento: seguiu-se a Lei 9.034/1995 (revogada pela Lei 12.850/2013), Lei 9.080/1995, Lei 9.807/1999, Lei 9.099/95 (mitigou o princípio da obrigatoriedade), Lei 9.613/1998, Lei 11.343/06 e a Lei 12.529/2001.

Forçoso é o entendimento que essas leis sugerem uma mudança no valor ético que estava subsumido no princípio da obrigatoriedade desenvolvido pela doutrina clássica, e não apenas no Brasil, pois conforme também já foi destacado, a ampliação dos espaços de consenso envolvendo conflitos penais se deu anteriormente em diversos países de origem democrática.

Foi nesse viés de Justiça Penal Consensual, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução nº 183/18-CNMP., prevendo em seu artigo 18º, o acordo de não persecução penal pela primeira vez.

Com o mesmo espírito, o Congresso Nacional previu o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019, trazendo a nova redação contida no art. 28-A do Código de Processo Penal, e afastando as discussões envolvendo a constitucionalidade formal do instituto. Vejamos, *ipsis litteris*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...] ²⁶¹

O acordo de não persecução penal traz uma nova exceção para o princípio da obrigatoriedade, expandindo a possibilidade de acordo na seara penal não mais apenas para delitos cuja pena máxima seja inferior a 2(dois) anos (âmbito da Lei 9.099/95), e sim agora, indo muito mais além, podendo ser proposto o referido acordo para delitos cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

A compreensão de uma abordagem axiológica do acordo de não persecução penal, nos permite legitimar o instituto de modo a fomentar ainda mais o espaço para consenso nos litígios penais como instrumentos legítimos de política criminal, minimizando-se os atuais problemas envolvendo a Justiça Criminal do país.

261 BRASIL. **Código de Processo Penal.**

Conforme restou-se devidamente colacionado no presente trabalho, o direito possui um mínimo ético, que fundamenta o aspecto axiológico do Direito. O aspecto axiológico está relacionado a ideia de Justiça, e assim sendo, a partir da pesquisa desenvolvida, podemos relacionar o acordo de não persecução sob alguns prismas axiológicos que foram abordados no presente trabalho.

Primeiramente, é bastante discutível o equivocado paradigma que o acordo de não persecução se trataria de uma privatização de garantias, sob o argumento que o julgamento sumário supostamente suprimiria o devido processo legal.

Na nossa ótica, os argumentos supracitados não merecem prosperar, pois abrir espaços para o consenso na Justiça Penal, não é suprimir garantias, e sim ampliá-las a um patamar ainda maior: selecionar a persecução penal para casos menos graves.

Por essa razão também, vale frisar que o acordo de não persecução penal é voltado para crimes sem violência e grave ameaça, o que foi uma decisão acertada, pois para esses tipos de delitos mais graves, nos parece mais adequado adotar uma postura de Justiça Retributiva. Sobre o tema, trazemos as preciosas lições de Guilherme Nucci:

Há crimes que merecem punição, com foco voltado mais à retribuição do que à restauração (ex.: homicídio, extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de drogas). Outros, sem dúvida, já admitem a possibilidade de se pensar, primordialmente, em restauração (ex.: crimes contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual). Nenhuma solução em favor desta ou daquela Justiça (retributiva ou restaurativa) pode ser absoluta. Se a retribuição, como pilar exclusivo do Direito Penal e do Processo Penal, não se manteve, não será a migração completa para a restauração que proporcionará a tão almejada situação de equilíbrio²⁶².

O autor demonstra que a Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa, in casu, o dicotômico retribuição e restauração deve ser analisado intrinsecamente pelo estudioso do Direito Penal e Processual Penal.

Nesse sentido, o acordo de não persecução penal está buscando a restauração para os crimes menos graves, e deixando para os agentes de política criminal, como Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, focar suas forças na retribuição de crimes mais graves.

Quando todo e qualquer delito, excetuados os previstos na Lei 9.099/95, são apurados e promovidos incansavelmente por uma acusação litigante, diante do princípio

²⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pp. 59/60

da obrigatoriedade pura, buscando a condenação, estamos promovendo, uma resolução de conflito destrutiva para o indivíduo.

No início do presente trabalho, abordamos as lições de Morton Deutsch²⁶³, que preceituava que o modo de lidar com o conflito, poderia ser construtiva ou destrutiva. Indubitavelmente, mesmo se adotarmos a postura retributiva, o Estado tentará buscar a ressocialização do agente, após promover o jus puniendi. Porém, sabemos que a ressocialização no Brasil está longe de ser uma realidade, fato reconhecido pelo Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que reconheceu que o sistema prisional do Brasil experimenta um “estado de coisas inconstitucional”²⁶⁴.

Outrossim, consideramos que a persecução penal e o consequente jus puniendi, são uma forma de lidar com o conflito destrutiva, pois o indivíduo muito dificilmente conseguirá ser ressocializado, assim como, sua privação de liberdade, não necessariamente vai trazer a “justiça” para a vítima.

Assim sendo, quando o Estado promove o acordo de não persecução penal, está promovendo a postura restaurativa, retirando o muro entre acusação e defesa, e permitindo que as partes decidam o conflito da lide sem precisar do crive do Judiciário. Portanto, entendemos que o acordo de não persecução penal é um modo de lidar com o conflito construtivo, pois promoverá sempre que possível, a reparação de danos, e ainda que o indivíduo seja hipossuficiente, poderá prestar serviços à comunidade, o que dá para a obrigação imposta pelo acordo de não persecução penal, um caráter pedagógico.

Ademais, também fazemos uma ligação entre o acordo de não persecução penal e ao consenso habermasiano²⁶⁵. O ponto entre essa ligação é que o acordo de não persecução penal não pode ser imposto a outra parte, se ela desejar exercer seus direitos constitucionais ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

A ética do discurso, desenvolvida por Habermas²⁶⁶, salienta que todo e qualquer acordo é um processo de entendimento mútuo. Neste íterim, quando o Ministério Público

263 DEUTSH, Morton *apud* VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense LTDA., 2017, p. 25.

264 STF, ADPF 347 MC

265 HABERMAS, *apud* VILARES, Fernanda Regina. **O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários**. <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016d49aeb3f2e05cf069&docguid=Ic6e7a590142d11e2b81401000000000&hitguid=Ic6e7a590142d11e2b81401000000000&spos=1&epos=1&td=1018&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 19/09/2019.

266 Id, *Ibidem*.

oferecer o acordo de não persecução penal, tem o dever de informar ao acusado sobre seus direitos, em igualdade de condições, salientar as consequências de aceitar o acordo em caso de eventuais inocências, dentre outros fatores que devem nortear uma relação de cooperação entre as partes²⁶⁷.

A respeito da suposta violação ao princípio da obrigatoriedade, devemos lembrar que o princípio é um valor ético, valor este que está em constante mudança de acordo com a evolução social. O valor ético coletivo que estava subsumido no princípio da obrigatoriedade teve seu sentido alterado de "obrigatoriedade de acusar", para "obrigatoriedade de agir". O que não enseja dizer que daremos espaço para o "princípio da oportunidade pura", e sim para o "princípio da oportunidade regrada".

É latente a mudança no valor ético coletivo quando tratamos do princípio da obrigatoriedade. Aproximadamente 20(vinte) países na América Latina vem adotando o princípio da oportunidade, sendo alguns deles citados por André Luis Alves de Melo em sua tese de doutorado: Argentina, Chile, Uruguai, México, Paraguai, Venezuela, Peru, Colômbia, Equador, Bolívia, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua, El Salvador e Cuba²⁶⁸.

Adrián Marchisio, citado por André Luis Alves em sua tese de doutorado, leciona que:

La incorporación Del principio de oportunidad em la legislación argentina es un medio adecuado para aumentar los niveles de eficiencia del sistema de administración de justicia, evitar a actual selectividade informal, y reducir La priorización de recursos.²⁶⁹

Trazendo para a realidade da mudança do valor ético para nosso país, vale transcrever as lições de José Antônio Paganella Boschi, também citado por André Luis Alves de Melo:

A flexibilização do princípio da oportunidade, ou, ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, desde que, observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelecesse uma política de persecução penal, daria melhores condições para a Instituição priorizar a atividade de punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo

267 Id, Ibidem.

268 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, pp. 210/213

269 MARCHISIO, Adrián *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 185.

tempo propiciaria o alívio das pautas judiciais em favor da otimização orçamentária, como propõe conhecido princípio de direito administrativo. Enfim, está aberta a discussão e, para que ela seja fecundada, parece-nos que é preciso nos desapegarmos das fórmulas legais que a doutrina transformou em dogmas repassados aos alunos desde os primeiros anos de faculdade, em nosso país.²⁷⁰

Portanto, verifica-se a patente mudança no valor ético que existia quando foi criado o princípio da obrigatoriedade, que com a chegada do acordo de não persecução penal, acaba por se tornar mais um instrumento célere e eficaz de política criminal, seguindo-se o Funcionalismo de Claus Roxin²⁷¹, para uma resolução de conflito construtiva para todos os envolvidos.

Dessa feita, sendo uma opção legítima de política criminal, o acordo de não persecução penal, na visão de Francisco Dirceu de Barros, obedece aos princípios constitucionais da celeridade processual, efetividade, economia processual. Trata-se, portanto, uma garantia fundamental do acusado, e nesse sentido, poderia ser aplicado até mesmo nos casos já denunciados pelo Ministério Público²⁷².

Vale a transcrição das palavras de André Luis Alves de Melo²⁷³:

O Jus puniendi não é tão absoluto como tradicionalmente se ressalta nos livros de processo penal, pois temos o indulto, a anistia, a prescrição, a representação da vítima, e não faz sentido que esta tenha mais poder que o Estado estabelecer prioridades, pois no Estado Democrático de Direito deve-se focar nos direitos fundamentais, mas ressaltando a questão da "reserva do possível", ou seja, em que o Estado é responsável dentro dos limites orçamentários e das prioridades, logo a ação penal precisa ser racionalizada para ser a *ultima ratio*, considerando a gravidade de uma ação penal, não pode ser banalizada.

270 BOSCHI, José Antônio Paganella *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, pp. 182/183

271 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 177.

272 BARROS. Francisco Dirceu. **Acordo de não continuidade da persecução penal: a possibilidade jurídica do uso da Resolução 181 do CNMP no curso da ação penal**. Editora JH Mizuno, 2019. pp. 04/07.

273 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 177.

A partir dessa consideração, André Luis trata que a obrigatoriedade da ação penal, sem critérios de racionalização, viola os direitos fundamentais e os princípios da Administração Pública. Diaulas Costa, citado pelo antedito autor, fala que na ausência de um princípio da oportunidade pura, a delimitação da pena máxima em concreto pelo Ministério Público, antes da ação penal, permitiria uma solução para que aqueles 40% dos processos em curso na Justiça não fossem sequer iniciados²⁷⁴.

Neste sentido, podemos relacionar o termo “oportunidade pura” com as lições de Vladimir Aras:

Um dos dispositivos úteis para a construção de um espaço de consenso para a não-persecução penal é o próprio art. 28 do Código de Processo Penal, pois este cânon não especifica nem diz quais são as “razões invocadas” pelo Ministério Público para a promoção do arquivamento do inquérito policial. O promotor ou o procurador pode, perfeitamente, invocar razões de política criminal ou de utilidade para não promover a demanda penal, tendo em vista, por exemplo, a aproximação do termo final do prazo prescricional máximo previsto para aquele delito. Pode, ainda, alegar o membro do Parquet a insignificância penal da conduta apurada no inquérito, ou a inconveniência da ação, por motivos de mérito administrativo.²⁷⁵

Reconhecemos, outrossim, que o acordo de não persecução penal obedece aos princípios de celeridade processual, efetividade, economia processual, sendo, portanto, uma garantia fundamental do acusado, pois indubitavelmente, uma *persecutio criminis* atingirá seu *status dignitate*, independentemente de ser culpado ou inocente. Portanto, a persecução penal em juízo só deve ser utilizada como *ultima ratio*, para os delitos mais graves, conforme preceitua o referido instituto.

Em contraponto, discordamos que o acordo de não persecução penal, seja utilizado pelo Parquet a partir de um princípio da oportunidade pura, e principalmente, por critérios de mérito administrativo. Não podemos considerar que o princípio da obrigatoriedade está superado, e sim reconhecer sua mitigação, pois um dos fundamentos do princípio da obrigatoriedade que não se pode abandonar é seu caráter democrático: o Ministério Público não pode escolher quem denunciar adotando critérios de oportunidade e conveniência, o que se deve ter, é um regramento preestabelecido que permita que os membros do Parquet ofereçam um acordo mediante regras previamente estabelecidas,

274 COSTA, Diaulas *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO, André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 183

275 CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 285.

que em nossa visão, assim que deve ser interpretado e utilizado o acordo de não persecução penal.

Ante o exposto, acreditamos que o acordo de não persecução penal deve se fundamentar em uma obrigatoriedade mitigada ou melhor dizendo, em uma oportunidade regrada, observando-se o princípio constitucional da segurança jurídica, pois assim, se evitará casos em que o Ministério Público possa escolher quem denunciar.

Isso não significa que o Ministério Público, ao verificar o cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 28-A do Código de Processo Penal, com as alterações da Lei 13.964/2019, tenha o poder-dever de oferecer o acordo de não persecução penal.

Se o modelo de acusação automática (viés clássico da obrigatoriedade) não atende as exigências contemporâneas de política criminal, o oferecimento do acordo de não persecução penal (também de forma automática) em qualquer caso viola a independência funcional do Ministério Público e sua condição de *dominus litti*. Enfim, o acordo de não persecução penal não pode ser considerado direito subjetivo do réu, tese acolhida pela 6ª Turma do STJ em 2022, no julgamento do AgRg no REsp 1970975/SP.

Conclusão

O novel acordo de não persecução penal promove uma resolução de conflito construtiva, baseando-se nas ideias de Deutsch, tendo em vista que permite que as partes resolvam o conflito sem a imposição da litigância que o modelo de Justiça Criminal há algum tempo antes tinha como foco principal, contribuindo com o modelo de resolução restaurativo entre as partes, e a reparação de danos, que substituem a reprimenda penal cominada à espécie, bem como eventualmente, o caráter pedagógico que eventuais obrigações pactuadas poderão impor àquele acusado da prática de uma infração penal.

O acordo de não persecução penal não poderá ser imposto a outra parte, devendo-se basear na ética do discurso, promovendo a igualdade entre as partes, conforme lecionou Habermas. Importa dizer, o Ministério Público jamais deverá coagir ou obrigar a parte que realize um acordo, e se assim o fizer agirá com abuso de direito. A ética do discurso impõe que as obrigações impostas ao acusado devem ser negociadas, cabendo ao acordante aceitar ou não as condições estipuladas sem nenhuma coação.

O acordo de não persecução penal reflete a ampliação dos espaços de consenso no Brasil, sendo um marco importante para a Justiça Penal Consensual.

O princípio da obrigatoriedade está recebendo uma nova interpretação doutrinária, pois como os princípios são valores éticos coletivos, percebemos ao longo do presente

trabalho a mudança do valor ético da obrigatoriedade de acusar para a obrigatoriedade de agir, fato evidenciado pela: adoção do princípio da oportunidade em diversos países; pela evolução do pensamento doutrinário de autores nacionais e internacionais; pela própria intenção do Poder Constituinte, ao atribuir a titularidade exclusiva do Ministério Público da ação penal; e ainda pelo legislador do Códex Processual Penal, que deu ao *Parquet* o status de *sus generis e dominus litti*, o que implica dizer que o Ministério Público não está obrigado a ser um acusador automático, fundamentando-se assim, a adoção do princípio da oportunidade regrada.

O acordo de não persecução penal é um instrumento legítimo de política criminal, baseando-se no Funcionalismo de Claus Roxin, fato evidenciado tanto pelas novas sustentações doutrinárias, como pelos dados empíricos trazidos à colação. No ponto de vista pragmático, o acordo de não persecução penal servirá como um filtro para o Poder Judiciário, que se concentrará na reprimenda penal de crimes mais graves, os quais merecem um enfoque mais retributivo do que reparador.

O acordo de não persecução penal não retira caráter democrático do princípio da obrigatoriedade, sendo compatível com o nosso sistema processual penal pelas razões supra expostas. A dimensão democrática do princípio da obrigatoriedade (assim entendida como obrigatoriedade de agir ou oportunidade regrada) restará respeitada quando o Ministério Público adotar critérios objetivos para o oferecimento ou não do acordo de não persecução penal (afastamento da tese do mérito administrativo), devendo sempre justificar aos órgãos de controle ministerial quando o acordo não oferecido.

Por tudo que foi exposto, é inegável concluir que o acordo de não persecução penal é, do ponto de vista axiológico (valor justiça) e pragmático (valor social), um instrumento legítimo de política criminal e faculdade do Ministério Público, não constituindo um direito subjetivo do acusado.

Referências

BANDEIRA, Regina. Processos Criminais: 9,1 milhões tramitaram na Justiça em 2018.

Agência CNJ de Notícias. publicado em 28 de agosto de 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>> Acessado em 10/10/2019.

BARROS. Francisco Dirceu. **Acordo de não continuidade da persecução penal: a possibilidade jurídica do uso da Resolução 181 do CNMP no curso da ação penal**. Editora JH Mizuno, 2019.

BINDER *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). CABRAL. Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOSCHI, José Antônio Paganella apud CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**.

BRASIL. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**.

BRASIL. STF, **ADPF 347 MC**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, pendente de julgamento.

BRASIL. STF, **RHC 111.211**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30-10-2012, publicado em DJE de 20-11-2012.

BRASIL. STF. **ADI 5.790**, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, pendente de julgamento.

BRASIL. STF. **ADI 5.793**. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, pendente de julgamento.

BRASIL. STF. **IF nº 114-5/MT**, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 13 de março de 1991.

BRASIL. CNJ. **Justiça em Números 2019**. Disponível <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em 17/10/2019.

COSTA, Diaulas apud CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,) CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). ALVES, Jamil Chaim. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DEUTSH, Morton *apud* VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense., 2017.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GUAER, Ruth Maria Chittó (Org.). GIACOMOLLI, Nereu José. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

HABERMAS, *apud* VILARES, Fernanda Regina. **O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários**. <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016d49aeb3f2e05cf069&docguid=Ic6e7a590142d11e2b814010000000000&hitguid=Ic6e7a590142d11e2b814010000000000&spos=1&epos=1&td=1018&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 19/09/2019.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Disponível em <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 15/10/2019.

LISZT, Franz Von *apud* CALLEGARI e LINHARES, André Luís Callegari e Raul Marques Linhares. **O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Jul. 2018. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016ddc8e0381d08ba4df&docguid=I0e703ab0738911e88428010000000000&hitguid=I0e703ab0738911e88428010000000000&spos=2&epos=2&td=203&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 17/10/2019.

MARCHISIO, Adrián *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). MELO. André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Frederico José Santos de. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as) simétrica**. Caruaru/PE: Asces, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Débora (Lexicógrafa Responsável). **Dicionário Online de Português**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/consenso/>>. Acesso em 20/08/2019.

ROXIN, Claus *apud* CUNHA e SOUZA, Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal**. Set 2017. Disponível em:

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 19/05/2019.

ROXIN, Claus *apud* CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord,). CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense., 2017.

A IMPORTÂNCIA DO COMPORTAMENTO ÉTICO DE UM PROFISSIONAL CONTÁBIL

ANA BEATRIZ DA CUNHA DO PRADO:

Graduanda em Ciências Contábeis na FEF –
Fundação Educacional de Fernandópolis, SP

LEANDRO JUNIO DURVAL DALUIA²⁷⁶

(coautor)

DANIELA BORELI²⁷⁷

(orientadora)

ROGERIO DE JESUS RIBEIRO²⁷⁸

(coorientador)

Resumo: Esse trabalho tem como objetivo mostrar a valorização de um trabalho bem feito sempre seguindo as normas e éticas da profissão, também mostrar a importância da ética na formação e no exercício de uma profissional da área contábil. Ressalta-se também no trabalho que todos os profissionais devem sempre que estar atualizados para poder prestar um serviço de qualidade e com responsabilidade nunca infringindo as leis para que no futuro não ocorram penalidades maiores ou até mesmo desnecessários, e que todo profissional tem que mostrar desempenho e honestidade em seu trabalho, todo o profissional deve ter transparência na relação com seus clientes sempre passando informações verdadeiras e atualizadas. Foi utilizado com base para elaboração desse trabalho estudos em artigos científicos e normas publicadas dentro dos conselhos federal e regional de contabilidade. Conclui-se então que a ética é um estilo de vida onde o contador se dispõe a sempre ser verdadeiro e justo em seus serviços, tornando-se indispensável e extremamente importante na profissão contábil, trazendo para o profissional maior credibilidade e reconhecimento dentro do meio profissional.

Palavras chaves: Ética, responsabilidade, profissional e honestidade.

Abstract: This work aims to show the appreciation of a job well done, always following the norms and ethics of the profession, also to show the importance of ethics in the formation and practice of a professional in the accounting area. It is also emphasized in the work that

²⁷⁶ Graduando em Ciências Contábeis na FEF – Fundação Educacional de Fernandópolis, SP

²⁷⁷ Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em direito na FEF.

²⁷⁸ Mestre em Engenharia de Produção – UNIARA, Graduando em Direito – FEF, Professor Universitário FEF).

all professionals must always be up to date to be able to provide a quality service and with responsibility, never infringing the laws so that in the future there are no greater or even unnecessary penalties, and that every professional has to show performance and honesty in their work, every professional must have transparency in their relationship with their clients, always providing true and up-to-date information. Studies in scientific articles and standards published within the federal and regional accounting councils were used as a basis for the preparation of this work. It is then concluded that ethics is a lifestyle where the accountant is willing to always be true and fair in his services, becoming indispensable and extremely important in the accounting profession, bringing to the professional greater credibility and recognition within the professional environment.

Key Words: Ethic, responsibility, professional e honesty.

1. Introdução

Segundo Stukart (2003, p.14), a ética é uma palavra que vem do grego ETHOS, que significa estudo de caráter, juízo do ser humano e reflete sobre a situação vivida, para ele, "A ética não analisa o que o homem faz, como a psicologia e a sociologia, mas o que ele deveria fazer. É um juízo de valores, como virtude, justiça, felicidade, e não um julgamento da realidade".

Segundo Nalini (2001 p. 26-27)"o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, o conjunto de regras de comportamento e formas de vida por meio das quais tende o homem realizar o valor do bem".O profissional da área contábil com qualquer outro profissional, sempre devem exercer seu cargo com competência e ética, sempre sendo sinceros e honestos no decorrer do seu trabalho.

De acordo com Lisboa (2010, p. 23), a ética pode ser definida como "um ramo da filosofia que lida com o que é moralmente bom ou mau, certo ou errado. Além de abranger um conjunto de valores morais e princípios que devem ser aplicados à conduta humana na sociedade. A Ética busca fundamentar as ações morais pela sua razão e idealiza o equilíbrio das pessoas, classes e grupos sociais (BARROS, 2010).

O contador como qualquer outro profissional de qualquer outra área deve passar total transparência e fidelidade em todas as informações que são passadas, seja ela para abertura de conta das pessoas jurídicas e até mesmo para atualizações cadastrais sempre mostrando os verdadeiros movimentos e balanço da empresa, nunca omitindo informações (VERAS, 2020, p. 25).

Os princípios éticos devem ser respeitados e executados de forma correta, inclusive na contabilidade, tanto é, que existe Código de Ética do Profissional Contabilista 2019, que demonstra todas as regras e formas de como os profissionais devem agir para que consigam sempre trazer uma ótima reputação para seu trabalho.

Além disso, cabe ao contador a informar seus clientes sobre os riscos e penalidades caso o mesmo hajam de forma que descumpram com as normas estabelecidas pela Receita Federal do Brasil, então vale ressaltar que os profissionais procuram sempre estar atualizados para prestar as informações verdadeiras e corretas. Todo profissional tem que mostrar desempenho e honestidade, sem obter vantagens indevidas, cometendo fraudes e omitindo informações, tem que ter transparência na relação entre contador e cliente, conforme duas proibições previstas no art.3º do Código de ética do profissional Contabilista, que são recusar-se a prestar contas de quantias que lhe forem, comprovadamente, confiadas e reter abusivamente livros, papéis ou documentos, comprovadamente confiados à sua guarda;

2. Objetivos

2.1 Objeto geral

- O objetivo desse trabalho é demonstrar a importância da ética na profissão contábil, e os principais comportamentos que são exigidos dentro da norma de ética.

2.2 Objetivo específicos

- Identificar os processos éticos e suas finalidades dentro da profissão contábil.
- Apresentar os princípios fundamentais transcritos no código de ética dentro da norma de contabilidade.
- Demonstrar a importância do comportamento ético do contador com os clientes.

3. Referencial teórico

3.1 Ética

A ética deve estar relacionada com todas as atitudes de vida do ser humano, seja no trabalho, na família ou na sociedade. Sá (2005, p. 16) diz que "em seu sentido de maior amplitude, a ética tem sido entendida como a ciência da conduta humana perante o ser e seus semelhantes".

A ética, condição necessária na ordem pessoal, também é condição de sobrevivência da sociedade. Sem ética, o convívio social torna-se insustentável. Sem

confiança mútua, por exemplo, não se realizariam transações econômicas, nem haveria contratos. Ninguém empregaria, ninguém produziria, ninguém se associaria. Cada um viveria única e exclusivamente para si, cuidando dos próprios interesses. Como resultado, a sociedade ruiria, voltaria às cavernas. (ARRUDA, 2001).

3.2 Ética Profissional

Foram criados os Códigos de Ética geral devido à importância da Ética para a vida em sociedade. Eles não são específicos para cada profissão, que servem para nortear o comportamento dentro das organizações. O Código de Ética pode ser definido como sendo o “instrumento que busca a realização dos princípios, visão e missão da empresa; serve para orientar as ações de seus colaboradores e explicitar a postura social da empresa em face dos diferentes públicos com os quais ela interage” (IDEAS, 2009, p. 12).

O profissional contábil deve fazer uso da ética como ferramenta de imagem que deve transmitir boas referências a quem o procura. (BORGES MEDEIROS, 2007). É o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação, do ponto de vista do bem e mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto (FERREIRA, 1977). Nos últimos anos, observou-se um avanço considerável das discussões que se referem à conduta Ética dos indivíduos nas diferentes áreas da atividade humana, em todos os âmbitos da sociedade (ALVES et al., 2007).

Toda e qualquer profissão deve manter padrões éticos elevados, para que assim possa realizar o seu papel social de maneira aprazível, e atingir respeito e credibilidade perante seus colegas, e a sociedade na qual está inserido, e com a profissão contábil, não seria diferente, conforme argumenta Alves (2005), a classe contábil necessita manter elevados padrões éticos junto à sociedade, como requisito essencial para a sua própria existência. Desde o começo de sua construção, o profissional deve entender que por maior que seja seu conhecimento técnico, ele jamais virá a ser um profissional respeitado, caso não preze seu lado ético (BARRETO, 2015).

Nunes e Freitas (2004) acrescentam que a Ética, que diz respeito aos princípios e valores de uma sociedade, no que tange a Ciência Contábil refere-se ao comportamento ideal e sadio que o contador deve possuir, o qual levará à credibilidade, respeito e valorização profissional perante seus clientes.

3.3 Ética na profissão contábil

O contador deve distinguir os limites da honestidade e dignidade de seus atos, identificar os princípios morais que norteam sua conduta, produzindo uma imagem verdadeira da profissão a ser repassada para a futura geração de profissionais. Aquele

contador que desrespeita a uma das regras quando seus interesses individuais divergem dos interesses da sociedade, assume o risco da penalidade, isto se resume num método adotado pela sociedade para proteger seus valores éticos. (DRUCKER, 2001).

Segundo o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) (2019), o Código de Ética do Profissional Contábil, diz que, o contador deve exercer a atividade e observar alguns princípios, dentre eles: exercer a profissão com zelo, diligência, honestidade e capacidade técnica, observando sempre a legislação vigente; guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito; zelar pela sua competência na orientação técnica dos serviços que se encontram a seu cargo; entre outros, todos visando maior valorização desta classe.

De acordo com o CEPC (Código de ética Profissional do Contabilista), é vedado ao contador: assumir, direta ou indiretamente, serviços de qualquer natureza, que possa prejudicar a moral ou desprestígio para a classe em que atua; adquirir qualquer benefício em função do exercício profissional que não decorra exclusivamente de sua prática lícita; assinar documentos ou trabalhos contábeis elaborados por outros sem que tenha participado ou supervisionado a elaboração; exercer a profissão, quando estiver impedido, inclusive quando for procurador de seu cliente, mesmo que com poderes específicos, dentro das prerrogativas profissionais; auxiliar de alguma forma, o exercício da profissão aos não habilitados ou impedidos; exercer atividades contábeis, por si ou em organização contábil, sem registro regular em Conselho Regional de Contabilidade; solicitar ou receber de cliente ou empregador qualquer vantagem para aplicação irregular de suas atividades; prejudicar, culposa ou dolosamente, interesse confiado a sua responsabilidade profissional;

Lisboa (2012, p. 22) reflete que “para o homem, se torna necessária a convivência em sociedade para alcançar seus objetivos particulares, para cada sociedade é imprescindível a presença da Ética”. Quando um profissional estiver em uma posição que o deixe em dúvida sobre qual decisão tomar, Lisboa (2012) salienta que deve ser levado em consideração dois fatos: o benefício e o custo ou penalidade que esta violação lhe acarretaria.

Os profissionais de contabilidade dependem dos clientes para que seus ramos de negócios fluam, trazendo assim os resultados almejados. Para tanto, a boa índole desse empresário é essencial, tendo como foco primordialmente a ética que esse, por sua vez, emprega enquanto na realização de seus trabalhos. Moreira (2002, p.31) diz que, “Os procedimentos éticos facilitam e solidificam os laços de parceria empresarial, quer com clientes, quer com fornecedores, quer, ainda, com sócios efetivos ou potenciais”. Desta forma, o pressuposto da ética no meio profissional vem para que, de mesmo modo, como quando simples ente social, este, agora em sua profissão, possa seguir com a mesma magnitude quanto aos ditos bons costumes.

3.3.1 Princípios éticos

De acordo com o novo Código de Ética publicado em 2019 os principais princípios que o contador deve seguir são; exercer sua função com zelo, honestidade e acima de tudo, observar os requisitos impostos pela Norma Brasileira de Contabilidade; não aceitar indicações de trabalhos, caso não tenha aptidão para exercê-lo; manter sigilo sobre as informações das empresas a qual presta serviços; informar apenas às pessoas autorizadas e que possuem direitos previsto, sobre informações necessárias a respeito de direitos e obrigações a serem realizados pela empresa; tentar de forma cuidadosa e segura diminuir o conflito de interesses, caso não consiga, tentar de modo mais abrangente mas sem que descumpra com as Normas de Ética; manter sempre uma orientação precisa e direta sobre os serviços realizados; sempre se esforçar para portar todos os documentos necessários e estar ciente de todas as situações ocorrentes, antes de opinar sobre algum caso; caso o cliente opte por realizar a troca de profissional para realizar os serviços em sua empresa, repasse todas as informações necessárias, com intuito de contribuir com as atividades a serem exercidas; caso haja algo que o impeça de exercer sua função, o profissional deve se informar imediatamente, quanto ao impedimento; sempre atender os fiscais dos seus serviços prestados munidos de documentos e relatórios que forem solicitados; e sempre informar o número de registro de classe e nome da categoria que se enquadra após realizar a assinatura de algum documento.

3.3.2 Concorrência desleal

Segundo Donizete (2017) a classe contábil representa mais de 500 mil profissionais registrados no Brasil, sendo 150 mil só no Estado de São Paulo. Ao todo, são mais de 21 mil organizações contábeis registradas no CRCSP, número também expressivo de empresas que cumprem com as normas disciplinares e éticas da profissão. No entanto, o Conselho detectou este ano que mais de quatro mil organizações contábeis atuam ilegalmente no mercado, ou seja, sem registro, concorrendo com os demais de forma desleal. Esse levantamento é resultado de um convênio firmado entre o Conselho Federal de Contabilidade e a Receita Federal do Brasil, que possibilitou a identificação de todas as empresas constituídas e ativas que praticam a Contabilidade em 50 municípios do Estado de São Paulo.

De acordo Brasil 1996 a Lei nº 9.279 de 14 de Maio de 1996 traz que comete crime de concorrência desleal quem divulga qualquer tipo de falsa afirmação com o objetivo de difamar a imagem do concorrente, apenas para obter vantagem para si próprio; aquele que tenta de alguma forma utilizar de meios fraudulentos para benefício próprio e assim conseguir tomar clientes de seus concorrente; tenta de alguma forma imitar a propaganda ou anúncio de seu concorrente, no intuito de confundir os clientes e os atrair para si; utiliza o próprio nome para obter vantagem em serviços realizado por outros; tenta subornar empregados de concorrentes, para que dessa forma o empregado deixe de

cumprir sua função de forma leal e aquele que divulga ou explora informações confidenciais de empresas à qual já prestou serviços.

Segundo Donizete (2017) o CRCSP buscará, de forma ainda mais intensa, combater a concorrência desleal. Primeiramente, serão notificadas as organizações irregulares que foram levantadas com o apoio do convênio com a Receita Federal. As demais continuarão sendo identificadas por meio de denúncias enviadas ao Conselho, denúncias veiculadas na imprensa e pela fiscalização realizada pela equipe do CRCSP.

3.3.3 Proibições e penalidade dentro do código de ética contábil.

Segundo o Conselho Federal de Contabilidade (2019) o contador fica proibido de: exercer direta ou indiretamente serviços que possam prejudicar a moral e prestígio da classe contábil; obter qualquer vantagem sob atividades ilícitas em realização de seus serviços; assinar qualquer documento contábil feito por outras pessoas, sem que tenha participado de sua elaboração; exercer suas atividades de contador em caso de impedimentos; ajudar de qualquer maneira outro profissional que esteja impedido ou alguém não habilitado à exercer a função; exercer as atividades contábeis em qualquer ambiente sem o devido registro no conselho; participar de serviços que não estejam descritos na legislação, ou que sejam fraudulentos; pedir ou receber de seus clientes qualquer valor ou bem para realizar serviços que não estejam previstos em lei; prejudicar interesses confiados à sua responsabilidade profissional; reter de maneira abusiva livros, documentos e registros contábeis que estejam à sua guarda; orientar clientes ou outros contadores de maneira que descumpram os requisitos pela Norma Brasileira de Contabilidade; atender os prazos requeridos pelo Conselho Federal e Regionais de contabilidades; publicar trabalho científico ou técnico com seu nome sem que tenha participado; exercer a profissão contábil com negligência.

De acordo com o Conselho Federal de Contabilidade (2019) o contador que cometer algum desses atos estará sujeito as penalidades como: multas; advertência reservada; censura reservada; censura pública; suspensão do exercício profissional; cancelamento do registro profissional.

3.3.4 Como são julgadas as infrações cometidas pelos contadores ao código de ética.

Segundo Giroto. Maristela, (2019) as infrações ao Código de Ética são julgadas, em última instância, pelo Tribunal Superior de Ética e Disciplina (TSED) do Conselho Federal de Contabilidade. As atribuições e o funcionamento do Tribunal são estabelecidos na Resolução CFC n.º 1.458/2013. O Tribunal de Ética é composto pelo Plenário do Conselho Federal de Contabilidade. Porém, antes de chegar ao TSED para homologação, os processos passam por exame e julgamento da Câmara de Fiscalização, Ética e Disciplina do Conselho. Conforme consta no Art. 29 da Resolução, o vice-presidente de Fiscalização, Ética e Disciplina, entre as suas funções, tem de submeter, ao Tribunal Superior de Ética e

Disciplina as decisões dos processos ético-disciplinares. As sessões do TSED são reservadas e os processos ético-disciplinares julgados pela Câmara de Fiscalização, Ética e Disciplina e pelo Tribunal Superior de Ética e Disciplina, assim como suas respectivas atas, são sigilosos.

4. Metodologia

Foi utilizado como fonte de pesquisa os artigos publicados com base em livros de pesquisadores da contabilidade e o código de ética do profissional contabilista conforme disponibilizado no site Conselho Federal de Contabilidade-CFC, além de buscar informações em sites governamentais, que buscam informar a importância da ética dentro da profissão contábil, trazendo seus valores e demonstrando os princípios éticos necessários para que o profissional possa agir de forma íntegra e correta, para que possa trazer uma boa imagem profissional, tanto em meio aos seus clientes, quanto ao seu círculo profissional. Dessa forma pode-se concluir que esse artigo teve como base o estudo científico sobre o tema tratado. A pesquisa científica busca solucionar um problema, fazendo uso de teoria já existente (OLIVEIRA, 2003).

5. Resultado

Pode-se confirmar que a ética na profissão contábil, é indispensável para que o profissional possa ter credibilidade e reconhecimento em seus serviços prestados, além de demonstrar segurança aos seus clientes, pois sempre estarão agindo conforme os requisitos transcritos dentro da norma de contabilidade. Vale lembrar que Segundo Nalini (2001 pg.26-27)"o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, o conjunto de regras de comportamento e formas de vida por meio das quais tende o homem realizar o valor do bem", portanto, sempre que o profissional estiver agindo dentro das normas de ética estarão realizando seu serviço com zelo e segurança, com o objetivo de realizar seu trabalho de forma correta e verdadeira.

Além da ética ser algo extremamente importante e crucial para que o profissional contábil possa agir de forma totalmente correta, não deixando que seus clientes ultrapassem os limites impostos pela lei, reportando as irregularidades e divergências nas empresas e os auxiliando da melhor forma de como podem organizar e extinguir as irregularidades. Com a ética o contador pode construir uma reputação positiva perante aos seus clientes e em seu círculo profissional. Ressalta-se que o profissional que não cumprir com as normas de éticas estarão sujeitos a multas e penalidades, correndo o risco de ter o cancelamento do seu registro profissional, dessa forma não podendo mais exercer suas atividades como contador.

6. Discussão do resultado

O intuito desse trabalho foi demonstrar a importância da ética dentro da profissão contábil e como os contadores devem agir para que estejam sempre dentro das normas da contabilidade e das suas leis de ética, ressaltando algumas das proibições e deveres que o Conselho Federal de Contabilidade estabelece para que o profissional haja sempre de forma transparente de acordo com a lei e que busque sempre se atualizar para que não haja falhas nas suas explicações e demonstrações de lançamentos, atentando-se sempre nas proibições e exigências impostas na norma de ética pelo Conselho Federal de Contabilidade.

7. Conclusão

Pode-se concluir que a ética é de extrema importância em todas as profissões, inclusive na contabilidade, pois através dela o profissional mantém sua integridade e reconhecimento, tanto em seu círculo profissional, quanto com seus clientes, além de se manter dentro da lei e de manter seus serviços em plena execução de forma correta e clara, conseguindo evitar possíveis penalidades como multas e advertências, visando sempre acompanhar e executar o que é disposto dentro das normas de ética da sua profissão.

O Profissional deve sempre ser guiado pela ética, para sempre obter prestígio e total confiança para exercer suas funções.

Com habilidade profissional e ética, o contador terá a capacidade de auxiliar os seus clientes na tomada de decisão, pois estará de posse de todos os relatórios, custos, receitas, despesas e riscos necessários para o caminho certo da decisão final.

8. Referências

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Disponível em <https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/RES_803.pdf> Referencias acesso em 12 de março de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NBC PG 01 – Código de Ética Profissional do Contador. Disponível em <<https://www.crcdf.org.br/portal/wp-content/uploads/2021/06/NBCPG01-NOVO-CODIGO-DE-ETICA-2019.pdf>> acesso em 20 de março de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Disponível em <<https://cfc.org.br/tecnica/normas-brasileiras-de-contabilidade/>> acesso em 15 de abril de 2022.

CONTÁBIL, Jornal. A Extrema Importância do Contador para o Brasil, publicado em 20 de out de 2018. Disponível em <<https://www.jornalcontabil.com.br/extrema-importancia-contador-para-sociedade/#.W6l2s2hKjIV>> acesso em 30 de outubro de 2022

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Disponível em <<https://www.crcsp.org.br>> acesso em 12 de junho de 2022.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. Disponível em <<https://www.crcsc.org.br/servico/view/5>> acesso em 25 de setembro de 2022.

DONIZETE VALENTINA, JOSE - Combate à concorrência desleal e valorização do profissional da contabilidade. Disponível em <<https://crcsp.org.br/portal/fiscalizacao/projetos/artigo.htm>> acesso em 13 de novembro de 2022

GIL, Antônio C. Como elaborar Projetos de Pesquisa. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. Disponível em <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf> em 16 de outubro de 2022

GIROTTI, MARISTELA. Código de Ética Profissional do Contador é atualizado: saiba o que mudou. Publicado em 11 de Abril de 2019. Disponível em <<https://cfc.org.br/noticias/codigo-de-etica-profissional-do-contador-e-atualizado-saiba-o-que-mudou/>> acesso em 06 de novembro de 2022

IVÂNIO BREDI, ZULMIR. CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO CONTABILISTA CEPC. NORMA BRASILEIRA DE CONTABILIDADE NBC Nº 1 DE 07.02.2019 <<http://www.portaldecontabilidade.com.br/legislacao/cepc.htm>> acesso em 21 de maio de 2022.

IVÂNIO BREDI, ZULMIR. NORMA BRASILEIRA DE CONTABILIDADE, NBC PG 01, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2019. Disponível em <<https://www.crcdf.org.br/portal/wp-content/uploads/2021/06/NBCPG01-NOVO-CODIGO-DE-ETICA-2019.pdf>> acesso em 18 de setembro de 2022

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. Fundamentos de Metodologia Científica. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas 2010. Disponível em

<https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india.> acesso em 10 de julho de 2022

PORTAL DE CONTABILIDADE. Disponível em <<http://www.portaldecontabilidade.com.br/nbc/res803.html>> acesso em 11 de setembro de 2022.

SANTANA NETO, M. C. - ÉTICA NA CONTABILIDADE. Portal Contábeis, 30 jan 2018. Disponível em <<https://www.contabeis.com.br/artigos/4479/etica-na-contabilidade/>> acesso em 29 de maio de 2022.

STUKART, Herbert Lowe – Ética e Corrupção – Os benefícios da conduta ética navida pessoal e empresarial São Paulo - Editora Nobel – 2003;

VERAS, Christopher. Código de Ética do Contador: como funciona na prática?, publicado em 9 de jul de 2020. Disponível em <<https://solutiresponde.com.br/codigo-de-etica-do-contador/>> acesso em 30 de outubro de 2022

A TEORIA DA PERDA DE UMA NOVA CHANCE PARA FINS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

ANTONIA PATRICIA DA SILVA BRITO:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo investiga os contornos da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito do Dir. Civil. O objetivo deste trabalho consiste, precisamente, em assegurar a possibilidade desta aplicabilidade à luz da ampla proteção da pessoa humana e da consequente integral da irreparabilidade dos danos a ela causados, valores previstos pela Lex Fundamentallis como garantias constitucionais. Analisando-se a referida teoria, afirma-se a necessária configuração do dano somente nos casos em que haja a perda razoavelmente provável da chance de obter-se uma vantagem ou de evitar-se um prejuízo, o qual deverá decorrer da prática de um ato ilícito e que, cumpre lembrar, não se confunde com a categoria dos lucros cessantes. E, o fundamental, adverte-se para a necessidade de se adequar essa doutrina ao Direito Civil, uma vez que esse ramo do direito se estrutura em torno da proteção de um valor jurídico muito peculiar: a responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria. Perda. Chance. Responsabilidade civil. Dever de reparação.

ABSTRACT: The theory of loss of a new chance for the purposes of civil liability analyzes the factors that guide the civil liability of the opportunity to achieve an advantage or to avoid a loss resulting from damage caused by another, provided that this chance is serious and real. Demonstrate the importance given by civil law regarding the contract to repair the loss of a chance. Check the factors that provide civil and jurisprudential liability in the loss repair contract. Explain the relationship that may offer civil liability for redress for the loss of a new chance. The research is exploratory, in this way it will be able to quantify the compensation of the lost chance.

KEYWORDS: Theory. Loss. Chance. Civil responsibility. Analysis.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por escopo a análise da responsabilidade civil na forma da teoria pela perda de uma chance, nascida no século XX na França, difundindo-se pela Itália, até chegar ao ordenamento jurídico brasileiro, com nova forma de interpretação da responsabilidade civil, qual seja, a teoria da perda de uma chance.

O surgimento da referida teoria se deu por conta da evolução da responsabilidade civil devido às inúmeras situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. Desta forma, a essência desse trabalho consiste em analisar os principais aspectos e aplicabilidade dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro diante da inexistência de previsão legislativa.

A relevância social da teoria da perda de uma chance corresponde ao reconhecimento quanto a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, devido à prática de um dano injusto, ou seja, a responsabilidade civil consiste no dever de indenizar o dano suportado por outrem.

A teoria não pode ser tratada como lucros cessantes, pois essa perda não é certa e incontroversa e sim uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não estivesse subtraída essa oportunidade. Assim, o que se indeniza, não é a vantagem esperada, mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo. Diante dessa dificuldade de aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto, o trabalho ora proposto apresentará razões e decisões de admissibilidade da referida teoria, pois ela visa a proteção de forma mais ampla e integral dos bens jurídicos dos cidadãos.

2 ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Essa teoria surgiu em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, em um recurso acerca da responsabilidade de um médico que diagnosticou erroneamente um paciente, retirando-o suas chances de cura da doença real que lhe acometia. (GONDIM, 2005, p. 21/22).

Diante desse paradigma, surgiram diversas decisões nesse sentido, como a proferida em 1969, onde se analisou o caso de um paciente que veio a ser operado de apendicite e veio a falecer. Restou comprovado, nesse caso, que o médico agendou imediatamente a cirurgia sem qualquer exame pré-operatório, o que por si só, teria constatado a reação do paciente, evitando assim o seu falecimento. (GONDIM, 2005, p. 22).

Outro julgamento marcante foi em 1979, em que uma senhora faleceu ao fim de uma intervenção cirúrgica, em virtude de convulsões ocasionadas pelo uso de anestesia local à base de xilocaína. A indenização foi devida pelo fato do cirurgião ter pleno conhecimento que a anestesia poderia causar convulsões, tendo, portanto, o dever de convocar um anestesista para acompanhá-lo na cirurgia. Logo, a indenização não foi

devida pela morte do paciente e sim pela perda de uma chance de sobrevivência. (GONDIM, 2005, p. 22).

Assim, a Corte de Cassação Francesa adotou essa teoria baseada na conduta culposa do agente e o dano causado à vítima, independente da configuração do nexo causal. Dessa forma, conclui-se que essa teoria originou-se, inicialmente, no campo médico, baseado na dificuldade de configuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. (COSTA, 2010, p. 07)

Com base nessas premissas, os Tribunais Pátrios brasileiros ainda apreciam de forma tímida essa teoria, existindo muitas divergências quanto a sua aceitação no nosso ordenamento jurídico por não existir previsão específica para esse tipo de responsabilidade civil e em razão da aleatoriedade que lhe é inerente. (COSTA, 2010, p. 07)

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito de responsabilidade civil está associado ao conceito de não prejudicar o outro. A violação de um dever jurídico primário faz surgir um dever jurídico secundário, o dever de indenizar. A indenização, visando, tanto quanto possível, recolocar a vítima na situação anterior, deve abranger todo o prejuízo sofrido efetivamente em decorrência do ato danoso (GONÇALVES, 2012, p. 425).

No primeiro momento, a responsabilidade pode ser definida como a tomada de medidas para forçar alguém a reparar os danos causados a terceiros por suas ações ou omissões.

Para Diniz (2012, p. 509) responsabilidade civil é:

Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do status quo ante ou em uma importância em dinheiro.

Pereira (2022, p.1) destaca que:

A Responsabilidade Civil possui duas grandes vertentes sobre sua origem: A Responsabilidade Civil Contratual, onde é necessário a existência de um contrato entre as partes e a Responsabilidade Civil

Extracontratual - Aquiliana, o infrator infringe a lei vigente, desta forma é importante ressalva que quando alguém não cumpre a "obrigação originária" gera uma "obrigação sucessiva", que é a obrigação de indenizar.

3.1 Em que consiste a responsabilidade civil na perda de uma chance?

De acordo com Rosamaria Novaes Freire Lopes, em seu artigo sobre Responsabilidade civil pela perda de uma chance publicado no site Direito Net a autora relata que na perda de uma chance o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo.

De acordo com entendimento jurisprudencial do STJ: "São acumuláveis as indenização por danos materiais e dano moral oriundo do mesmo fato" (STJ, súmula 37) "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (STJ, súmula 387).

Este fato vem a refletir na jurisprudência, pois é existente a dificuldade para que seja feita a classificação desta espécie de dano, bem como para a fixação no que diz respeito ao ato indenizatório, tendo como objeto da reparação a perda de uma chance.

3.2 Características da perda de uma nova chance

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é dotada de características bastante peculiares, uma vez que a sua configuração, identificação e indenização são feitas de uma forma distinta da que é utilizada nas outras hipóteses que envolvem perdas e danos. (LOPES, 2007).

Diante de tantas evidências no campo da responsabilidade civil não se pode ostentar e deixar de fora acontecimentos que antes eram considerados como mera "fatalidade ou acaso do destino" da sua gama de abrangência, tendo em vista que a legislação nacional estabelece que aquele que provocar o dano a outrem fica obrigado de ressarcir-lo.

De acordo com o ordenamento jurídico nos artigos 186, 187, 402, 927 e 949 do Código Civil de 2002, tal como o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal, conclui-se que apesar de não haver na legislação brasileira um dispositivo específico para a perda de uma nova chance, o "Jurista" se valendo do critério da analogia pode adaptar a legislação vigente ao caso concreto desde que respeitadas à proporcionalidade e a adequação. Desta forma, a vítima tem direito a ver o seu prejuízo reparado por aquele que lhe deu causa. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

3.3 Nexo de causalidade

Um dos obstáculos para a aplicação da teoria da perda de chance é a dificuldade de se demonstrar o nexu causal entre a conduta do agente e o dano.

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que este dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o qual a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. (CAVALIERI FILHO, 2021, pg. 65).

O ordenamento jurídico trata o nexu de causalidade como o vínculo que une uma determinada conduta, seja ela culposa ou dolosa, tal teoria entendida como elemento essencial para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima e existente em três elementos da responsabilidade civil, onde há uma ligação existente entre o dano, a conduta do infrator que deu causa a este dano, isso porque, ninguém pode ser responsabilizado por algo que não fez, como menciona Sérgio Cavalieri que afirma:

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que este dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. (CAVALIERI FILHO, 2021, pg. 65).

Por isso, Rosamaria Novaes Freire Lopes, ministra do STJ sustenta que a teoria da perda de uma chance, admite a relativização deste conceito, permitindo a existência da responsabilidade civil mesmo quando não existente o nexu causal da forma prevista na legislação extravagante, ou melhor, no Código Civil Brasileiro. Isto é, esta nova teoria relativiza o ideal do nexu de causalidade adotado pelo diploma supracitado”.

A partir do reconhecimento da centralidade da Constituição, da força normativa dos princípios nela consagrados e da adoção das denominadas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, tem sido possível observar, impulsionado pelo princípio da dignidade humana, da solidariedade (ou solidarismo) e da reparação integral, um movimento de flexibilização do nexu causal e uma vertiginosa

expansão dos danos indenizáveis. (REsp 1.254.141-PR, j. 4.02.2012 – apud LOPES, 2021).

Pietro Perlingieri e Luigi Corsano asseveram, com base no Direito Italiano, que o nexos causal é muitas vezes reconhecido com base nas regras da experiência comum, lastreadas na constância de determinados eventos. (PERLINGIERI, p. 623 apud CORSANO, p. 623)

4 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Mariana Guimarães, no artigo sobre responsabilidade civil no site IDPB blog mensura que a responsabilidade pode ser definida como a tomada de medidas para forçar alguém a reparar os danos causados a terceiros por suas ações ou omissões. Conforme Sílvio Venosa:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...). O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”. (VENOSA, 2013, p. 1).

Desta forma, os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são os seguintes: conduta ou ato humano, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

4.1 A responsabilidade civil: subjetiva X objetiva

De acordo com (DOELLE, 2019) no site Aurum, sobre o artigo a Responsabilidade Civil, apresenta a diferença existente na responsabilidade civil subjetiva onde a vítima precisa provar a culpa do agente, enquanto que na responsabilidade civil objetiva não há necessidade comprobatória de culpa.

Em um primeiro momento, na sociedade, surgiu a responsabilidade civil subjetiva, conceito clássico, no qual a vítima só poderia obter indenização se provasse a culpa do agente. E até certo ponto da história, a responsabilidade civil subjetiva era suficiente para dirimir os conflitos da sociedade.

Entretanto, o surgimento das máquinas e de outras invenções tecnológicas promoveu o desenvolvimento da indústria e o crescimento populacional. O impacto disso foi a criação de uma nova situação que não pôde mais ser sustentada pela culpa puramente tradicional, clássica. (ANCHESKI, 2022. p.27).

Analogamente, Rui Stoco 2007, afirma:

A necessidade de maior proteção à vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. (STOCO, 2007, p. 157).

O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável”.

O Código de Defesa do Consumidor também estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor e do fabricante, segundo artigos 12 e 14:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Segundo Cavaliere Filho (2021), enquanto o primeiro, a obrigação, é sempre um dever **originário**; o segundo, a responsabilidade, é um dever **sucessivo**, conseqüente à violação do primeiro instituto. Portanto, os conceitos se relacionam, mas se divergem em deveres originários ou sucessivos.

4.2 As excludentes de responsabilidade civil

Cledes Junio, 2016, em seu artigo causas excludentes de responsabilidade civil no site JusBrasil, destaca que as causas de excludentes de responsabilidade civil são definidas como situações que a partir do momento que é atacado um dos elementos ou pressupostos da responsabilidade se rompe o nexo de causalidade, não gerando direito em regra a uma indenização por parte de quem sofreu o dano, em razão de uma determinada situação. As excludentes possuem como finalidade estabelecer regras gerais envolvendo todas as formas de responsabilidade, tendo que possuir apenas uma característica, que é a generalidade.

Cabe destacar quais são as causas que excluem a responsabilidade civil, são elas:

1. Estado de necessidade;
2. Legítima defesa;
3. Exercício regular do direito;
4. Estrito cumprimento do dever legal;
5. Culpa exclusiva da vítima;
6. Fato de terceiro;
7. Caso fortuito e força maior;

Segundo Cledes Junio, 2016 no site JusBrasil, no artigo as causas excludentes de responsabilidade civil enumera de 1 a 4 são as hipóteses que excluem a ilicitude, já os três últimos excluem o nexo causal do ato. Também além destas causas, existe também a cláusula contratual que também exclui a responsabilidade civil.

4.2.1 Estado de necessidade

Possui previsão legal no art. 188 do Código Civil, em seu inciso II que traz a seguinte redação:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O estado de necessidade pode ser definido como a violação de um direito alheio, no qual o valor jurídico poderá ser igual ou inferior do que aquele que se pretende proteger, a fim de remover ameaça iminente e não se tem outros meios possíveis de atuação para proteger o bem.

O parágrafo único do artigo citado acima estabelece que somente será válido o estado de necessidade “quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário,

não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.” Sendo assim, o agente que estiver agindo em estado de necessidade só poderá atuar nos limites de suas necessidades, não podendo exceder em seu ato com a justificativa de estar em estado de necessidade, pois poderá responder por esse excesso que foi cometido.

A principal diferença entre o estado de necessidade e a legítima defesa é que o agente não reage a uma situação injusta, mas ele busca atuar de forma que subtraia um direito seu ou de terceiros a fim de resguardar ou poupar seu bem. Como exemplo prático Carlos Roberto Gonçalves nos dá o seguinte:

Se um motorista, por exemplo, atira o seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro. Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa (o dono do muro) destruída ou deteriorada “não forem culpados do perigo”, terão direito de ser indenizados. No entanto, o evento ocorreu por culpa in vigilando do pai da criança, que é o responsável por sua conduta. Desse modo, embora tenha de pagar o conserto do muro, o motorista terá ação regressiva contra o pai do menor, para se ressarcir das despesas efetuadas. (GONCALVES, 2012, pg. 427).

Nessa mesma linha de pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, pode-se ver o seguinte acórdão do STJ, do Ministro Aldir Passarinho Junior. (REsp 124.527, DJ, 05/06/2000):

A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede à manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente por sua reparação, ainda que não se configure na espécie a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade. Direito de regresso assegurado contra o terceiro culpado pelo sinistro, nos termos do art. 1.520 c/c o art. 160, II, do Código Civil.

Portanto, o direito de regresso é perfeitamente cabível por parte do agente que em razão de um terceiro foi obrigado a gerar um dano para evitar um mal maior no entendimento do agente no momento que ocorria o fato (Rodrigues, 2016 – JusBrasil).

4.2.2 Legítima defesa

De acordo com CLEDES JUNIO A. RODRIGUES e ELIANA CÂNDIDA VALÉRIO no artigo as causas de excludentes de responsabilidade civil no site JusBrasil.

É também uma modalidade de excludente de responsabilidade civil e possui fundamento no art. 188 do Código Civil em seu inciso I, conforme vemos a seguir:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa pode ser definida de acordo com a situação atual ou iminente de injusta agressão em que o agente se encontra que pode ser dirigida tanto para si como para um terceiro que não é capaz ou obrigado a suportar. E em razão disso o agente irá agir de forma a repulsar os atos do autor contra ele ou contra terceiros.

A fuga por grande parte da doutrina não é considerada como legítima defesa e os doutrinadores que reconhecem a fuga como meio de legítima defesa não recomendam a prática de tal ato, conforme cita o doutrinador Pablo Stolze:

Não recomenda a fuga como a conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não tenha atuado com excesso. (Stolze e Filho, 2012, pg. 174).

A legítima defesa real que tem previsão no art. 188 inciso I do Código Civil, traz o ato de agir para o agente de forma proporcional para repelir uma injusta agressão que poderá ser no formato atual ou iminente.

4.2.3 Exercício regular de direito

A Constituição Federal em seu art. 188 inciso I do Código Civil diz:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

O agente que atua respaldado no direito não poderá sofrer sanção alguma relacionado ao próprio direito, não gerando assim, uma pretensão indenizatória contra o agente que está exercitando regularmente seus direitos.

Como exemplo clássico dado pela doutrina, “imagina-se uma situação na qual o agente A andando tranquilamente pela rua e avista o agente B que se encontra com a intenção de pular da ponte, A de imediato o segura e impossibilita que o mesmo pule, este fato claramente constitui exercício regular de direito, pois possui previsão no art. 146 do Código Penal como se vê a seguir:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

Percebe-se claramente no inciso I e II que se trata de meios de uso do direito que garante ao agente a legalidade do ato que está praticando.

Outra forma de exercício regular de um direito é a violência esportiva, todos os participantes têm conhecimento que ao praticar determinado esporte podem se ferir ou se machucar. Sendo assim, o praticante de artes marciais que fere moderadamente seu parceiro de luta não será obrigado a indenizá-lo e principalmente, não haverá responsabilização penal por isso.

Porém, caso o exercício desse direito não seja regular, ou seja, possua um abuso em seu ato, esse abuso gera responsabilização por parte do agente que cometeu o ato e conseqüentemente indenização para o prejudicado caso esse venha a requerer. Como exemplo a doutrina cita o “praticante de artes marciais que durante a luta com seu adversário faz uso de arma de fogo para atacar seu oponente”.

Portanto, o exercício regular de um direito deve ser de direito conhecido, não podendo excluir a responsabilidade.

4.2.4 Estrito cumprimento do dever legal

O estrito cumprimento do dever legal parte do pressuposto de que o mesmo tenha ocorrido o dano, dano este que não poderá gerar pretensão indenizatória. Este fundamento está ligado diretamente ao exercício regular de um direito, pois o agente que age em estrito cumprimento do dever legal está sem sombra de dúvidas exercendo regularmente seu direito.

Não possui previsão legal de tal instituto no Código Civil, mas mesmo assim não deixa de ser uma causa de excludente, pois não se pode responsabilizar por um dano quem tem o dever legal de causá-lo. É muito comum a aplicação desse instituto por agentes públicos, pois devem atuar em nome do interesse público onde em grande parte de seus serviços é necessário restringir ou afetar direitos dos particulares e o motivo de não poderem ser responsabilizados é porque agiram no estrito cumprimento do dever legal.

Importante destacar e diferenciar o “estrito cumprimento” e o “dever legal”, o estrito cumprimento diz respeito que esse cumprimento não pode passar dos limites legais, por isso o uso da palavra “estrito”. Já o termo do “dever legal” dá à ideia de uma obrigação que advém de um ato normativo não podendo ser portarias, regimento, instruções religiosas e etc.

Como exemplo a doutrina cita “o policial que se utiliza de arma de choque (teaser) para realizar a prisão de um indivíduo que oferece resistência”, tal ato possui previsão legal no art. 292 do Código de Processo Penal, que diz o seguinte:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Sendo assim, a autoridade que faz uso da arma de choque na situação elencada acima não cometem abuso de autoridade e tortura, estão apenas no estrito cumprimento do dever legal.

4.2.5 Fato exclusivo da vítima

Quando um dano ocorre por culpa exclusiva da vítima, se torna causa de exclusão do próprio nexos causal, pois o agente causador do dano é um mero meio do acidente.

A título de exemplo para melhor entendimento, se uma pessoa com a intenção de suicidar se atira debaixo de um veículo de um terceiro em movimento, neste caso o dono

do veículo não possui qualquer responsabilidade neste atropelamento, pois seu veículo foi um simples instrumento, afastando assim o nexa causal em relação ao motorista.

Caso a culpa não for exclusiva da vítima, poderá ocorrer a concorrência de culpa, o que na esfera cível representa diminuição da indenização que será pago pelo agente, conforme preconiza o Código Civil em seu art. 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Porém, novamente reforçando que caso a culpa seja exclusiva da vítima, não há em que se falar em nexa causal entre o agente e o dano, não gerando assim direito a indenização.

4.2.6 Fato de terceiro

Terceiro pode ser definido como qualquer pessoa que não seja vítima ou o agente que causou o dano e não possua nenhuma ligação com o agente e a vítima. Este terceiro no caso que é responsável pelo evento danoso que houve entre autor e vítima, afastando assim a relação de causalidade sobre a conduta do agente e vítima.

Como exemplo prático e real, que foi julgado pela 6ª câmara do tribunal cível do RJ a ap. Cível 776/91, na qual a esposa de um ciclista ingressou com uma ação de indenização contra uma empresa de transporte público na qual um de seus ônibus atropelou e matou o ciclista, com a alegação de que o motorista invadiu a contramão vitimando assim o ciclista.

Porém, a empresa conseguiu demonstrar que o ciclista sofreu a queda em razão de um buraco que havia na pista, sendo o responsável pela queda do ciclista na frente do ônibus. O buraco em questão foi deixado aberto por uma empresa que presta serviços para a prefeitura, sendo assim, a responsabilidade foi atribuída a essa empresa com fundamento principal de "fato de terceiro".

Importante salientar mais uma vez que só se exclui a responsabilidade quando há o rompimento do nexa causal entre agente e vítima, ou seja, é necessário um terceiro destruir a relação causal entre as partes envolvidas.

Caso durante sua conduta o agente concorra no resultado final sua responsabilidade não poderá ser afastada, por exemplo: motorista que desvia de uma fechada e atropelada na calçada um pedestre, vemos claramente que em razão de seu próprio ato se originou o acidente.

4.2.7 Caso fortuito / Força maior

O Código Civil em seu art. 393 diz o seguinte:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Muito se discute a diferença entre caso fortuito e força maior, porém, até o presente momento não possui uma definição uniforme. Fato é que ambos se encontram fora do quesito culpa, pois se trata de acontecimentos que escapam do controle humano, ou seja, são circunstâncias irresistíveis que impedem o cumprimento da obrigação por parte do agente. (RODRIGUES, 2016).

Grande parte da doutrina entende o caso fortuito como um evento imprevisível e inevitável como, por exemplo: Tempestades, enchentes e etc. Já a força maior a doutrina entende como aquele em que nada pode ser feito mesmo que seja previsível.

O quesito imprevisibilidade se torna um elemento essencial para a caracterização do caso fortuito, já na força maior será a irresistibilidade. Apesar dessas definições e divergências, elas pouco importam, pois na prática ambos são responsáveis por excluir o nexos causal, ou seja, não haverá responsabilização do agente.

4.2.8 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar trata-se de uma previsão contratual que exclui a responsabilidade. Ela também pode ser conhecida como cláusula de irresponsabilidade e ou cláusula excludente de responsabilidade.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a diferença entre cláusula de irresponsabilidade e cláusula excludente de responsabilidade é que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda afasta apenas a indenização. Pois a causa da irresponsabilidade, não depende da vontade das partes, provindo sempre de lei. (CAVALIERI, 2008, p. 563)

Neste sentido, ainda segundo Sérgio Cavalieri Filho:

Não se pode, conseqüentemente, confundir causa de exclusão de responsabilidade com cláusula de não indenizar. Aquela, repita-se, é a verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano. (CAVALIERI, 2008, p. 563)

Sendo assim, ninguém deixará de ser responsável, já que a responsabilidade corresponde ao ato ou fato ilícito. Portanto, a cláusula de não indenizar não elimina a responsabilidade, ela afasta “a obrigação que é derivada da responsabilidade, isto é, a reparação”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 564)

Caso o agente durante sua defesa venha a se exceder em seu ato, pode-se configurar como um ato que foi além do necessário e que é proibido por lei. Importante destacar que caso o agente venha a atingir terceiro inocente, este terá que indenizá-lo, porém, cabe a ação de regresso contra o agente que era seu alvo. Conforme preconiza os artigos 929 e 930 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Como pode se ver os artigos citados buscam proteger o direito de terceiros que não participaram ou não tiveram culpa em um ato danoso. Já no campo contratual, caso exista a cláusula de não indenizar, ela pode ser uma excludente de responsabilidade civil também. Conhecer os detalhes da responsabilidade civil é muito importante, pois te dá segurança para ter uma atuação eficaz, que respeite o Direito e construa autoridade no seu nome.

Em um primeiro momento, na sociedade, surgiu a responsabilidade civil subjetiva, conceito clássico, no qual a vítima só poderia obter indenização se provasse a culpa do agente.

E até certo ponto da história, a responsabilidade civil subjetiva era suficiente para dirimir os conflitos da sociedade. A “obrigação” incide em um direito originário de conduta comissiva ou omissiva (fazer, dar ou não fazer), enquanto a “responsabilidade” é um dever sucessivo gerado a partir do dano causado pelo descumprimento da obrigação, devendo-se prosseguir a uma reparação. Assim, como em casos excepcionais, é possível se ter obrigação sem responsabilidade.

Toda obrigação deve estar contida na lei, de modo que a fonte primária e maior de toda obrigação há de ser a própria lei, pois sem ela ninguém estará obrigado a fazer ou

deixar de fazer nada. Em geral, se a lei é omissa, pode-se recorrer aos costumes, aos princípios e à analogia.

5 A TEORIA DA PERDA DE UM NOVA CHANCE: A EXIGÊNCIA DE PROVAR À CARACTERIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS

A perda de uma nova chance e a exigência de provar à caracterização dos danos morais deve ser considerada no ordenamento jurídico brasileiro como um dano injusto e, por isso, uma violação a um direito, passível de indenização. Conforme o site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal dos Territórios, conforme a matéria, o Dano Moral "in re ipsa", em sua publicação diz que: "como regra geral de reparação de danos, em nosso ordenamento jurídico, quem ajuíza ação solicitando indenização ou reparação deve provar o prejuízo que sofreu, ou seja, não precisa de prova, pois é presumido. Todavia, em algumas situações o dano moral pode ser presumido, ou "in re ipsa", expressão em latim utilizada pela linguagem jurídica. Nestes casos, basta que o autor prove a prática do ato ilícito, que o dano está configurado, não sendo necessário comprovar a violação dos direitos da personalidade, que seria uma lesão à sua imagem, honra subjetiva ou privacidade.

Assim, como os danos materiais, morais e estéticos, a perda de uma nova chance também exige a presença de um dano, ocasionado por uma conduta culposa do agente (ato ilícito e/ou abusivo) para formar o nexo causal e gerar a obrigação de indenizar, porém, o que o difere dos outros tipos de danos, nos quais o dano é concreto ou no mínimo facilmente perceptível, é o fato de ser de difícil verificação e qualificação. (FERRARA, 2016, p 289).

De acordo com o artigo Institui o Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 - Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A indenização por dano moral é um direito assegurado a todos os cidadãos brasileiros e garantido pela Constituição Federal de 1988. Ela existe para reparar financeiramente os aborrecimentos e sofrimentos pelos quais uma pessoa passa em determinada situação, seja no trabalho, na escola, na rua ou em outro lugar, conforme publicação da matéria acerca de indenização moral no site aredesadvocacia.

5.1 Probabilidade e reparação

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino explicou que a teoria foi desenvolvida na França (la perte d'une chance) e tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

Segundo o ministro, o precedente mais antigo no direito francês foi um caso apreciado em 17 de julho de 1889 pela Corte de Cassação, que reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela conduta negligente de um funcionário, o qual impediu que certo procedimento prosseguisse e, assim, tirou da parte a possibilidade de ganhar o processo.

De acordo com (SANSEVERINO, 2020) no site STJ NOTÍCIAS declara que:

Em função disso, a jurisprudência francesa passou a reconhecer a existência de um dano certo e específico pela perda de uma chance, determinando o arbitramento da indenização em conformidade com a maior ou menor probabilidade de sucesso. (SANSEVERINO, 2020).

De acordo com o ministro supracitado, a característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. (SANSEVERINO, 2020).

5.2 Possíveis reparos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil consiste no dever de indenizar o dano suportado no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

A questão que se coloca é que, independentemente do posicionamento da doutrina e jurisprudência a respeito da natureza jurídica do dano indenizável pela perda de uma chance, certo é que a indenização não é concedida pela vantagem perdida e sim pela perda da oportunidade de se obter a vantagem (JUNIOR FERREIRA, 2010, p 19).

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém, obter uma oportunidade de chance ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido. (VEIGAS, 2019 p.36)

De acordo com Eduardo Abreu Biondi, (2008), no seu artigo teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil publicado no site DireitoNET, o objetivo da justiça e o anseio da reparação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado levaram a doutrina e a jurisprudência pátrias a criarem mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos.

6 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil parte da premissa que todo aquele que violar um bem jurídico tutelado por intermédio de um ato lícito ou ilícito, tem a incumbência de reparar, uma vez que todo tem um dever jurídico originário, o de não causar danos a terceiros.

A teoria acerca da responsabilidade civil visa determinar em quais condições um indivíduo pode ser considerado responsável pelo dano sofrido por outrem, e em que medida está obrigado a indenizá-lo. Insta frisar que, os danos podem ser de ordem física, patrimonial e até mesmo da honra e a sua compensação é feita por indenização, atualmente, sempre de forma pecuniária.

Em apertada síntese, a responsabilidade civil é classificada pela doutrina tanto em função da culpa (responsabilidade objetiva e subjetiva), como também em função da natureza (responsabilidade contratual e extracontratual). O contraste é que na responsabilidade civil subjetiva precisa-se da efetiva comprovação de culpa do agente causador, enquanto na responsabilidade civil objetiva não há necessidade comprobatória do elemento culpa. Abordou-se que na sociedade, surgiu a responsabilidade civil subjetiva, conceito clássico, no qual a vítima só poderia obter indenização se provasse a culpa do

agente. E até certo ponto da história, a responsabilidade civil subjetiva era suficiente para dirimir os conflitos existentes dentro da sociedade.

A responsabilidade civil pode ser dividida em contratual ou extracontratual consoante o dever jurídico violado. Dessa maneira, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual têm as mesmas consequências jurídicas: a obrigação de reparar o dano. Em sequência, demonstrou-se a exigência de provas à caracterização dos danos morais.

Assim, esta pesquisa abordar a teoria da perda de uma chance sob a ótica da responsabilidade civil. Por ser um tema relativamente novo pelas doutrinas e jurisprudências pátrias, o tema visa dar uma ideia de suas nuances jurídicas.

Em dias atuais, o objetivo da justiça e o anseio da reparação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado levaram a doutrina e a jurisprudência pátrias a criarem mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos.

Dentro desses mecanismos, surgiu a corrente jurisprudencial e doutrinária calcada na reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance. De início, inúmeras críticas e restrições foram impostas à responsabilidade civil por perda de chance defendiam os opositores que se tratava de possibilidade de indenização de dano hipotético, eventual.

Na teoria da perda de uma chance, o que se pretende não é a vantagem não obtida, mas sim a perda da oportunidade de obter um benefício (a vantagem) ou de evitar um prejuízo. Vale ressaltar que a oportunidade de angariar um benefício ou evitar um prejuízo, a chance perdida deverá ser sempre séria e real.

Por fim, a perda da chance não significa lucro cessante, a despeito de julgados e doutrinadores que defendem essa tese. Vale lembrar, que o lucro cessante é o prejuízo futuro almejado pela vítima; é a proteção do patrimônio futuro do lesado, devendo ser sempre provado durante a ação indenizatória.

7 REFERÊNCIAS

ANCHESKI, Henrique de Moraes. RESPONSABILIDADE CIVIL E ALIENAÇÃO PARENTAL, p 27, consultado em 21 de setembro de 2022

BIONDI, Eduardo Abreu, Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>. Consultado em 21 de setembro de 2022

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, DAS PESSOAS NATURAIS. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, consultado em 25 de setembro de 2022;

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, consultado em 21 de setembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, pg. 65. <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/472/edicao-1/perda-de-chance-%28responsabilidade-civil%29#:~:text=%E2%80%9CN%C3%A3o%20basta%20que%20o%20agente,rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20causa%20e%20feito>. Em: 22 de setembro de 2022

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, art. 186, 187, 402, 927 e 949. Planalto

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed., revista, ampliada. São Paulo: Atlas, 2007/2021 p. 65

DOELLE, Caroline <https://www.aurum.com.br>, A Responsabilidade Civil no direito brasileiro. Acesso em 21 de setembro de 2022. <https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil>

DINIS, Maria Helena. Dicionário jurídico Universitário. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas S. A, 2012;

GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil volume 3. São Paulo: Saraiva, 2012;

GONCALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: v 4. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil**: teoria da perda de uma chance. *In*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. <https://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/121088/Rosamaria-Novaes-Freire-Lopes>. Consultado em 21 de setembro de 2022

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. RESPONSABILIDADE CIVIL: RESUMO DOUTRINÁRIO E PRINCIPAIS APONTAMENTOS.

<https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos>. Consultado em 21 de setembro de 2022

PERLINGIERI, Pietro; CORSARO, Luigi. Manuale di diritto civile, p. 623. <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/472/edicao-2/perda-de-chance-%28responsabilidade-civil%29> acesso em 28 de setembro de 2022.

RODRIGUES, Cledes Junio, 2016, Excludentes de responsabilidade civil. <https://cjar.jusbrasil.com.br/artigos/455835645/causas-excludentes-de-responsabilidade-civil>). Acesso em 30 de setembro de 2022.

RODRIGUES, Cledes Junio. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 2018. <https://cjar.jusbrasil.com.br/> consultado em 21 de setembro de 2022

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 2007, p 157

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-supostos-gerais/>Acesso em 29 de setembro de 2022.

VENOSA, 2013, p. 1. <https://jus.com.br/artigos/37317/atos-ilicitos-responsabilidade-civil>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Parte Geral, 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VEIGAS, Cláudia, A obrigação de indenizar do advogado pela perda de uma chance. 2019 p.36. <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/670814024/a-obrigacao-de-indenizar-do-advogado-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em 30 de setembro de 2022

AS NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO PARA PESSOAS LEIGAS NO BRASIL COMO FOMENTO À CIDADANIA

THAYLANE MACEDO DOS SANTOS MENDES:

Discente do nono período de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

ANA BEATRIZ NUNES DE ALENCAR DANTAS²⁷⁹

(coautora)

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO ²⁸⁰

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo discute a importância das noções básicas de Direito para pessoas leigas no Brasil, tendo em vista que o juridiquês constitui um fator de impedimento de compreensão e conhecimento dessas noções. Entende-se que esta é uma das formas de garantir o acesso de pessoas leigas ao conhecimento de seus direitos e garantias fundamentais. Os profissionais da área do Direito precisam ter claro que o objetivo da comunicação só é atingido quando o receptor compreende a mensagem. Se utilizar uma linguagem excessivamente técnica ou com termos resbucados, herméticos, dando origem ao chamado “juridiquês”, poderá impedir essa compreensão, ou seja, o ato comunicativo sofrerá ruídos e é será frustrado. Assim, o propósito principal do trabalho é indicar a necessidade de que as pessoas leigas tenham um acesso razoável às noções básicas de direito e possam exercer de forma expressiva seus direitos e obrigações. Para tanto, propõe-se uma reforma do currículo do Ensino médio, no sentido de inserir disciplinas que proporcionem as noções de direito necessárias ao pleno exercício da cidadania.

Palavras-chave: Pessoas leigas. Noções básicas de direito. Cidadania.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os meios utilizados pelo judiciário para viabilizar o acesso de pessoas leigas ao conhecimento das noções básicas de direito no Brasil.

As noções básicas de direito são imprescindíveis para uma sociedade bem desenvolvida, pois é por meio desse conhecimento que estaremos formando cidadãos

²⁷⁹ Discente do nono período de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA..

²⁸⁰ Orientadora do trabalho. Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professora de Direito Constitucional, Argumentação jurídica e Hermenêutica do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

valorizados, desenvolvendo seus conhecimentos, reivindicando direitos e cumprido suas obrigações de cidadão brasileiro, viabilizando, dessa forma, a possibilidade de inclusão social e conseqüente dignidade humana.

Um grande fator de impedimento de compreensão e conhecimentos das noções básicas de direito para as pessoas leigas é o juridiquês, tendo em vista que o cidadão fica impossibilitado de compreender seus direitos, prejudicando a execução de seus deveres. Com o mesmo raciocínio, observa-se que um leigo não tem o mesmo entendimento que um profissional qualificado para discutir um determinado assunto, tendo em vista as palavras usadas, que na maioria das vezes, apenas um bacharel em direito poderá compreender.

Assim, se um leigo deseja ter um entendimento do que é direito ou até mesmo de que tem direito, não terá essa informação ao seu alcance, pois não temos em nosso país os mínimos conhecimentos introdutórios básicos acerca de determinadas matérias, dificultando ou até mesmo impossibilitando decisão embasada. No que diz respeito ao problema de pesquisa, indaga-se: de que forma o judiciário pode desenvolver estratégias que assegurem o acesso das pessoas leigas às noções básicas de direito?

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar os meios utilizados pelo judiciário para viabilizar o acesso de pessoas leigas às noções básicas de direito no Brasil. Como objetivos específicos buscou-se revisar a bibliografia do acesso ao conhecimento jurídico por pessoas leigas como prática que amplia a cidadania, identificar os principais documentos jurídicos que viabilizam as noções básicas de direito para pessoas leigas, comparar e discutir artigos periódicos disponíveis sobre o tema.

Justifica-se o interesse pelo tema devido à importância do ensino das noções básicas de direito nas escolas, podendo contribuir com a formação de um cidadão mais preparado para exercer seus deveres. Também, é importante destacar que o tema da pesquisa possui relevância no aspecto social e jurídico, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

Observando-se a importância da inclusão de disciplinas jurídicas, além do conhecimento que influenciariam nas aspirações profissionais, trazendo conhecimento de leis onde o aluno poderia orientar-se em seu cotidiano, tendo consciência de quais atos são considerados crimes, quais são seus direitos e deveres.

Assim, o ensino de disciplinas jurídicas viabiliza a concretização dos objetivos estabelecidos para a educação na Constituição Federal de 1988, onde o educando deverá ter sua formação com o pleno desenvolvimento enquanto pessoa humana, buscando estar

mais preparado para o exercício da cidadania, bem como sua qualificação para o mercado de trabalho

2 DIREITO E DEMOCRACIA/CIDADANIA

Com o passar do tempo, todos nós precisamos tomar decisões legais. Costumamos dizer que cada direito corresponde a uma obrigação, mas para isso, temos que ter consciência do que estamos adotando em cada uma dessas decisões. A falta de conhecimento jurídico existente na sociedade pode ser um dos maiores obstáculos para que possamos alcançar uma cidadania adequada, tendo em vista que, para que tenhamos uma solução dessa problemática, as noções básicas de direito devem ser ensinadas para cada cidadão desde o início de sua personalidade jurídica.

O desconhecimento de uma pessoa em relação aos seus direitos fundamentais é assustador, tendo em vista que, acaba se tornando incapaz de tomar decisões importantes em sua vida, pois a desinformação da massa da população a respeito de seus direitos, faz com que ela fique cada vez mais distante de ter acesso a democracia e atingir a sua cidadania. A educação é um fator muito importante para que isso seja alcançado, mas para isso, o direito deve ser desmembrado principalmente nas escolas, onde as pessoas tem o primeiro preparo para o mercado de trabalho, de que modo funciona o mundo a fora, mas que a prática não consegue alcançar essa efetividade. José Afonso da Silva menciona como ponto negativo falta de educação jurídica: "A situação de miséria, despreparo e carência de milhões de brasileiros torna injusta e antidemocrática a norma art. 3º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (SILVA, 2006, p. 16).

É de importância para o cidadão tenha pleno conhecimento jurídico, haja vista que o Estado Juiz não permite a alegação de desconhecimento da lei pelo infrator como motivo de exclusão de pena, isso acaba de tornando também um motivo ainda maior para que todos cresça com acesso do que é certo e do que é errado, mais um motivo para que o estado não possa restringir o conhecimento da lei. O desconhecimento da população brasileira a respeito de seus direitos e deveres traz prejuízos sociais e políticos, seja nas eleições de governantes capazes, na criação de leis por participação popular; como até mesmo no cotidiano, ao serem lesados como consumidores e exigirem direitos fundamentais à sua cidadania. Nesse sentido, tem-se o direito como ordenador da sociedade e como instrumento de determinados segmentos sociais em relações assimétricas de poder.

O cidadão pleno é aquele que busca exercer seus direitos, cumprir seus deveres na prática cotidiana. Para que tal condição se efetive é preciso proporcionar ao maior número de brasileiros o acesso à educação jurídica.

3 O ENSINO DE NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO PARA PESSOAS LEIGAS COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA

As pessoas que tem conhecimento da norma jurídica, ela vai poder participar da vida política, se posicionar diante das injustiças da sociedade e também fazer críticas diante de determinados fatos. Mas para que isso possa acontecer, é preciso que as noções básicas sejam ensinadas a população para que todos possam colocar em prática no seu dia-a-dia e assim fazer como que a desigualdade seja reduzida.

Muitos se falam sobre a importância de ser um cidadão, mas poucos sabem o significado disso, de forma resumida, o cidadão é um indivíduo no gozo dos seus direitos políticos de um estado, poder participar e ser ouvido por representantes políticos. O seu significado e a sua importância, tem que ser um fator compreendido por todos, fazendo com que todos tenham conhecimento do que é lei, do que é ser cidadão e poder colocar todo o conhecimento da norma jurídica em prática, exigir respeito dos seus direitos e esses conhecimentos tem que ser agregado na vida do cidadão nas escolas, que é o momento em que o ser humano tem contato com as práticas do mundo a fora.

É preciso que a sociedade brasileira saiba como interpretar o texto constitucional e com o intuito de que as pessoas utilizem em prol da desigualdade que as rodeiam.

Sabemos que nossa constituição é conhecida como a “constituição cidadã” ou seja, é a constituição que tende a ser mais democrática de toda a história brasileira, com a maior participação no aspecto político do país, mas na prática, precisamos que todos tenham acesso às noções básicas de direito e assim tenham contato com a nossa constituição.

Um exemplo efetivo do prejuízo causado à sociedade pela falta de conhecimento de seu próprio ordenamento jurídico é que, como publicado pelo Open Government Index (apud LOBATO, 2015), cerca de 40% da população não tinha ciência sobre a existência de leis que dão direito ao acesso às informações do governo. Em se tratando de leis governamentais, o cidadão tem direito de ter conhecimento, para poder exigir sua aplicação.

4 DIREITO ACESSÍVEL PARA TODOS

Compreende-se que a expressão “acesso à justiça” é determinada a partir de duas finalidades básicas do sistema jurídico: permitir que cada cidadão reivindique seus direitos ou resolva litígios. Nessa perspectiva, Cappelletti e Garth (1988) concebem a necessidade de um sistema jurídico que produza resultados individuais e justos. Sem dúvidas, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

A garantia do acesso à justiça, é um dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, que garante o acesso ao judiciário. Este direito decorre da garantia constitucional do cidadão, consubstanciado no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “ a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”(BRASIL, 1988). Com isso, é de suma importância a garantia fundamental ao processo constitucional democrático para garantir o acesso à justiça como instrumento de efetivação de direitos.

Nessa linha de raciocínio, é possível verificar que tanto o direito de acesso à justiça quanto sua efetivação no Brasil são deficitários, pois existem várias limitações que inviabilizam um acesso igualitário à justiça e às políticas públicas, trazendo como consequência a exclusão jurídica e social de muitos brasileiros, a violação de seus direitos e garantias fundamentais.

Todos nós deveríamos ter o entendimento de que o acesso à justiça não deveria ser algo distante da realidade ou até mesmo algo que nos assustaria. Ter um direito significa sempre poder exigir alguma espécie de comportamento de outras. Sendo assim o acesso à justiça se rompe com os obstáculos de origem econômica e cultural, pois o direito fundamental previsto na constituição, é notório que a acessibilidade da justiça não se faz de forma igualitária, pois distanciam a população que é hipossuficiente, na questão de conhecimentos sobre o acesso efetivo a justiça, como também o recurso financeiro.

Que o direito que o cidadão tem de acesso à justiça, significa uma conquista da cidadania. Garantir o acesso aos direitos, muita importância para a possibilidade de efetivação dos direitos, como forma de mediação de muitos conflitos, postulado assim até a parte leiga em juízo.

Os juizados especiais foram criados pela lei nº 9.099/95, aumentando assim a contribuição para o acesso à justiça no país. Possibilitam o acesso mediante um procedimento simples, permitindo a parte leiga perante juizados, que vislumbrou dentro do próprio ambiente oficial, pois viabiliza o acesso gratuito pois quaisquer cidadãos sem necessidade de advogado.

Assim, garantir o acesso ao direito e a justiça é de certa forma permitir que cada cidadão tenha pleno conhecimento do seu direito, quando estes são lesados, havendo a possibilidade de reivindicações. O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, tem o dever de assegurar a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça.

Trata do princípio constitucional do direito de ação, buscando garantia em uma atuação irrestrita do Estado para que as medidas necessárias sejam tomadas, diante de violação dos seus direitos.

5 O USO EXCESSIVO DO “JURIDQUÊS”

O Juridiquês é um termo que se refere a uma linguagem técnica jurídica produzida com o uso descomedido de termos de difícil compreensão para pessoas leigas, tornando-se um problema recorrente na área jurídica, pois a linguagem precisa ser clara e objetiva, adequada à situação sociocomunicativa, sob pena de frustrar o ato comunicativo jurídico e cercear a possibilidade de acesso às noções básicas de direito.

Uma vez reconhecida a importância do conhecimento dos assuntos jurídicos para a formação do indivíduo em cidadania, o Estado, juntamente com a sociedade, deve aplicar medidas de conscientização sobre questões relacionadas à lei. Nesse sentido, a forma mais provável de combater o analfabetismo e a ignorância sobre a legislação brasileira é, além de criar meios mais adequados para a divulgação das leis e adequação de sua linguagem a pessoas leigas, também inserir na educação básica as noções de direito como disciplina obrigatória.

Com isso é válido salientar que é uma visão incluir na educação escolar, as noções básicas de direito, pois assim fica oportuna para os cidadãos brasileiros. Pois dando para conciliar a matéria de noções básicas de direitos, para os cidadãos que nessa época se encontram com as melhores condições intelectuais para assimilar conhecimentos. Dessa forma verificar se o meio de acesso que o estado disponibiliza para os conhecimentos das leis é de certa forma acessível para todos. Sendo que se utilize a linguagem do juridiquês que é de difícil compreensão que seja usado de forma moderada, principalmente as pessoas leigas.

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), no Art. 205, da constituição federal “a Educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”

A inclusão social é um conjunto de ações direcionadas para uma população que de certa forma são excluídas da nossa sociedade. Com isso ela visa permitir que os cidadãos, devem ter acesso a serviços como saúde, educação dentre outros.

Sobre essa questão do acesso às noções de direito por pessoas leigas, Pedroso ressalta que na vida real, é exatamente a falta de recursos materiais que é o maior limite do acesso ao direito. Não adianta dizer na lei, ou até na constituição, que todos têm direito a isto ou aquilo, se o governo não garante que esse direito seja, na prática, exercido. Como afirma Pedroso, a garantia ao acesso ao direito e à justiça é assegurar que os cidadãos conheçam seus direitos, que não se resignem quando estes forem lesados e que tenham ou lhes sejam dadas condições para vencer os custos e as barreiras psicológicas, sociais,

econômicas e culturais para ascender ao direito e aos meios mais adequados e legitimados – sejam judiciais ou não judiciais – para a resolução do seu litígio (PEDROSO, 2002).

6 IMPORTÂNCIA DO ENSINO JURÍDICO

De acordo com Miguel Reale (1976), Direito é um conjunto de regras obrigatórias que garantem a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. O direito consiste em uma norma de condutas, que devem ser cumpridas por cidadãos.

O direito a educação é de certa forma um direito inalienável, pois é por ela que se forma um caráter, a preparação para uma vida, ou seja a educação é um meio para que o cidadão está formando mentalmente, construindo. Portanto na constituição garante a dignidade da pessoa humana, cumprindo com o dever de educar, e defendendo a dignidade do ser humano.

A educação não pode ser com a formação dos funcionários de um sistema vigente, mas com o Ato de personalização da pessoa, com o processo de libertação da liberdade do homem:

trata-se de dar ao homem um quadro referencial básico, onde ele possa situar-se ao agir no mundo. É uma visão básica a respeito da natureza, do homem, da sociedade, da vida humana enquanto tal e um projeto de vida coerente com esta visão. É em função deste quadro de referenciais últimos que se educa alguém, pois sem ele a educação se inverte em instrução (OLIVEIRA, 1995, p. 109-110).

O ensino de disciplinas jurídicas viabiliza a concretização dos objetivos estabelecidos para a educação na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Dessa forma, o cidadão terá uma formação com grande aumento no desenvolvimento como pessoa humana, preparando para o exercício da cidadania, ajudando na melhor qualidade de trabalhos.

Os profissionais da área do Direito devem ter claro conhecimento que o objetivo da comunicação só é atingido quando o receptor compreende a mensagem. Se utilizar o juridiquês e não gerar essa compreensão, a comunicação é inválida, pode provocar um ruído nessa comunicação torna-se especial.

Portanto, se a perspectiva primordial da educação é formar cidadãos éticos e políticos ativos e conscientes na sociedade, trata-se de cultivar os princípios democráticos, sendo válido ressaltar que este processo de formação é a primeira etapa de uma nova visão da educação, focada na preservação da solidariedade, dignidade da pessoa e dos direitos humanos.

Em algumas instituições de ensino, os conceitos básicos de direito vêm sendo aplicados através de projetos de ensino e extensão. Os defensores da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) alegam que não há espaço para mais uma disciplina e que esse entendimento jurídico como cidadania, por exemplo, cabe e deve ser ensinado em todas as disciplinas, além de já o ser nos temas transversais.

A LDB, no seu artigo 26 e §§ diz: Art. 26. Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela. (BRASIL, 1993, p. 26).

Os benefícios de se aprender noções básicas de direito em escolas podem ser explicados através das partes da Constituição Federal. Entre o primeiro e o quarto artigo, pois há os princípios fundamentais do país, que definem, de forma geral, quais são as regras para o Brasil existir politicamente e quais são os objetivos desta nação. Com isso, permite de início que o cidadão conheça o próprio país.

Em segundo entendimento o artigo 5º da constituição federal, trata dos direitos e garantias fundamentais, nele é onde os direitos e deveres dos brasileiros são tratados, assim entendesse que é por causa dele que as pessoas podem ter direito à saúde, educação.

É importante observar que ensinar noções básicas de direito em escolas é de certa forma garantir que os cidadãos possam garantir a sua própria cidadania, evitando que pessoas se aproveitem do seu desconhecimento às leis mais fundamentais do seu próprio país.

6 INCLUSÃO DAS NOÇÕES BÁSICAS DO DIREITO NO ENSINO ESCOLAR

Nessa perspectiva, o acesso à justiça está ligado a desigualdade social, pois as pessoas com menos recursos e marginalizadas veem-se desprovidas de escolhas, de oportunidades e sem voz em termos decisórios.

Partindo disso, segundo Silva (2009) a educação torna-se obrigatória e devem ser imediatas as medidas para elevar a condição humana dos cidadãos titulares desse direito. A ideia de responsabilidade é tanto do estado quanto da família, no sentido de propiciar uma educação que promova o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania. A educação é considerada pela literatura um pilar essencial de qualquer sociedade organizada, pois permite uma população consciente de direitos e deveres. A forma mais viável para o conhecimento básico dos direitos seria pela educação, pois é através da

mesma que os cidadãos terão acesso ao conhecimento das noções de direito, em busca de uma sociedade mais justa, ou ainda, na qual os direitos desses cidadãos não sejam lesados.

Diante disso, Rangel (2014) preceitua que inserir a disciplina de direito constitucional na grade curricular da educação básica, é demonstrar para os jovens que o Direito Constitucional é o alicerce é fundamental para uma sociedade, entendendo que a constituição é os princípios basilares do direito. O direito constitucional é um elemento para que esses princípios sejam alcançados efetivamente por esses cidadãos para uma futura estrutura social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse cenário, os meios que o judiciário utiliza é de certa forma ineficazes, pois nem todos tem acesso a esses mecanismos. Como principal as pessoas leigas que não tem conhecimento sobre as noções básicas e tem desconhecimento sobre os recursos que são postos para a divulgação dessas normas. Muitas vezes, as pessoas não têm o acesso efetivo ao direito por falta de oportunidades e informações necessárias.

Portanto existe assim a necessidade de fortalecimento dos mecanismos processuais e sociais, para que se almeje de fato uma efetivação do acesso à justiça e as normas que organizam a sociedade, garantindo que à justiça seja de certa forma acessível para todos os cidadãos de forma igualitária, independentemente de classe social ou econômica.

As políticas públicas relacionadas à formação integral, gestadas, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, revelaram a necessidade de construção de uma nova identidade para a sociedade, iniciando nas escolas educacionais, sendo uma das principais condições para integração da população mais leiga e de pouco acesso, contribuindo para um melhor desenvolvimento. Dessa forma, o educando terá sua formação com pleno desenvolvimento enquanto pessoa humana, como também, estará mais preparado para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

O ensino de disciplinas jurídicas deve ser promovido a partir do ensino médio, pois é nessa fase que o aluno encontra-se em melhores condições intelectuais para assimilar os conhecimentos recebidos e caminhar no sentido do exercício pleno dos seus direitos e obrigações. Poderá, igualmente, ter conhecimento basilar acerca do mundo jurídico, que poderá auxiliá-lo tanto na escolha de uma profissão nesta área, quanto na possibilidade de plena participação social, ou melhor, gozo dos direitos e garantias fundamentais e exercício pleno da cidadania.

Também é importante salientar que o ensino dessas disciplinas seja ministrado por profissionais com conhecimento jurídico, pois depende-se que esse profissional, com

formação pedagógica, esteja habilitado a conduzir de forma prática e favorável o conhecimento necessário aos estudantes. Apesar dos profissionais de hoje não terem tido essa mesma oportunidade, poderão menos contribuir para essa aprendizagem e implementação.

Viver é um ato contínuo da liberdade de expressão, de ir e vir, de exercer os direitos inerentes ao ser humano, exercício este que tem referência contínua e coletiva. Assim, repassar o conhecimento jurídico é um processo que estará continuamente necessitando obter ajustes se para adequar às mudanças e transformações no meio social.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FRANÇA, S. C.. **Direito Constitucional como disciplina obrigatória nas escolas brasileiras de educação básica: análise do Projeto de Lei. nº 70/2015**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62094/direito-constitucional-como-disciplina-obrigatoria-nas-escolas-brasileiras-de-educacao-basica-analise-do-projeto-de-lei-n-70-2015>. Acesso em: 12 abr. 2022.

LACERDA, G. **Eu tenho direito: noções básicas de direito para leigos**. Ed. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 1997.

LOBATO, A. Menos da metade da população mundial conhece leis de governo aberto. **O Globo**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/menos-da-metade-da-populacao-mundial-conhece-leis-de-governo-aberto-1571124>. Acesso em: 25 maio 2022.

OLIVEIRA, M. A. C.. **A necessidade do ensino de direito constitucional nas escolas de ensino fundamental e médio brasileiras para a construção da cidadania**. JUS, 2016. Disponível <https://jus.com.br/artigos/50144/a-necessidade-do-ensino-de-direito-constitucional-nas-escolas-de-ensino-fundamentalemedio-brasileiras-paraaconstitucao-da-cidadania>. Acessado em: 08 de novembro de 2022.

PEDROSO, J. A. F. Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des) construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. **Tese de doutoramento em Sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra**. 2011.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, F. M. da. **A importância da educação na Formação de cidadãos**. 2017. Disponível em: <https://pedagogiaaopedaletra.com/a-importancia-da-educacao-na-formacao-de-cidadaos/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

SILVEIRA, E. dos S.. **A necessária relativização do princípio da inescusabilidade**. 2018. Disponível em: http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_15.pdf. Acesso em: 11 maio 2022.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL EXISTE: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG

WANDUIL ANTONIO DA SILVA:

Ex-Auditor-fiscal da Receita do Distrito Federal, tendo trabalhado diversos anos na Gerência de Julgamento. Advogado. Pós-graduado em Advocacia Tributária pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Engenheiro Eletrônico pela Universidade Federal do Pará.

Resumo: O autor analisa a Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG (2016), que aparentemente, reconhece a prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal, tendo por base o princípio constitucional da razoável duração do processo e o REsp 1138206/RS (2010) do Superior Tribunal de Justiça, para ao final concluir, com base na jurisprudência e nos princípios de direito, ser aceitável, em casos específicos, suscitar a ocorrência da prescrição intercorrente no processo administrativo, mas não no caso em análise.

Palavras-chave: Processo administrativo. intercorrente. razoável duração.

Abstract: The author analyzes the Civil Appeal nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG (2016), which apparently recognizes the intercurrent prescription in tax administrative process, based on the constitutional principle of reasonable duration of the process and REsp 1138206/RS (2010) of the Superior Court of Justice, in order to conclude, based on jurisprudence and principles of law, that it is acceptable, in specific cases, to raise the occurrence of intercurrent prescription in the administrative process, but not in the case under analysis.

Keywords: Administrative process. intercurrent. reasonable duration.

Sumário: Introdução. 1 Prescrição intercorrente. 1.1 Conceito. 1.2 Prescrição intercorrente na legislação brasileira e jurisprudência. 2. Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG. 2.1 Contexto da publicação da Apelação. 2.2 Análise dos fundamentos da Apelação. Conclusão. Referências.

Introdução

Como é sabido a Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG (2016), aparentemente, reconhece a prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal, tendo por base o princípio constitucional da razoável duração do processo e o REsp 1138206/RS (2010) do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, cabe analisar se a decisão realmente se trata de prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal? E se da fundamentação utilizada decorre logicamente a conclusão, para no final responder à pergunta do título.

Tendo por base: o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça (AREsp 1018829/2020), sobre prescrição intercorrente, a Legislação Tributária, Legislação Processual, pesquisa bibliográfica abordando as opiniões de renomados doutrinadores e decisões jurisprudenciais, bem como a definição do termo “razoável”, será analisado o Acórdão de Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG (2016).

1 Prescrição Intercorrente

1.1 Conceito

Um bom conceito, e bem sucinto, é o trazido por Felipe Bartolomeo Moreira (2021):

É a perda do direito de exigir um direito pela ausência de ação durante um determinado tempo no curso de um procedimento. Possui como finalidade o princípio da duração razoável do processo esculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Brasileira.

O qual atende ao objetivo deste artigo, no entanto, caso haja interesse em aprofundar-se sugiro a leitura do artigo acima referenciado.

1.2 Prescrição intercorrente na legislação brasileira e jurisprudência

A prescrição intercorrente surge na legislação brasileira com o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) nos artigos 110 e seguintes.

Posteriormente, em 30 de dezembro de 2004, com a inclusão do parágrafo 4º ao artigo 40 da Lei de Execução Fiscal – LEF – (Lei 6.830/1980) pela Lei 11.051/2004, ficou formalizada a prescrição intercorrente na execução fiscal.

Já no Código de Processo Civil (CPC), tal situação só veio a ser contemplada no novo CPC de 2015, no artigo 921 que trata de execução e, em seu parágrafo quarto, praticamente transcreve o parágrafo quarto do artigo 40 da LEF.

E na CLT (Decreto-Lei 5.452/1943), tal situação só foi formalizada com a inclusão do artigo 11-A pela Lei nº 13.467/2017, publicada em 14/07/2017, com vigência 120 dias após.

Observando as leis acima pode-se concluir que a previsão de prescrição intercorrente surge no Código Penal de 1940, muito provavelmente por tutelar um bem maior para o ser humano, que é a liberdade, e só nele pode se extrair aplicação do referido instituto para outras fases processuais fora da execução, nas demais só há previsão legal para esta fase.

Antes da formalização no CPC, como bem coloca Filipe Bartolomeu Moreira (2021), em 1963 o Superior Tribunal Federal editou duas Súmulas a 150 e a 264:

[...] Enunciado 150 de sua Súmula com o seguinte teor: “**Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação**”. Esta foi uma ideia do que poderia ser a prescrição intercorrente.

Isso porque, se a parte permanecesse inerte entre: A data do trânsito em julgado da sentença que concedeu/declarou o seu direito e; A propositura de ação de execução de título extrajudicial [...]. Então ocorreria a prescrição da propositura da ação executiva.

[...] no final de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado 264 de sua Súmula com o seguinte teor: “**Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de 5 anos**”

Neste caso percebe-se a clara apresentação da prescrição intercorrente, posto que no curso da demanda (rescisória) e pela paralisação (inércia) da parte pelo período de mais de 5 anos.

As quais permitiam decretar a prescrição intercorrente, convém lembrar que o mesmo autor defende sua ocorrência em outras fases processuais, baseado na doutrina e jurisprudência.

Ressalte que no Código Tributário Nacional (CTN) não há previsão de tal instituto.

2. Apelação Cível nº 1.0079.06.317157-7/001-TJMG

2.1 Contexto da publicação da Apelação

Conforme se observa do acórdão, a apelação é contra uma decisão do juiz da vara de execução fundamentada no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei 6830/1980, abaixo transcrito:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

[...]

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

[...]

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) (BRASIL, 1980)

Que autoriza a decretação da prescrição intercorrente, estando, portanto, o processo em fase de execução. Apesar de a decisão só citar o parágrafo 4º, para melhor entendimento de como é contado o prazo, foi transcrito também o parágrafo 2º.

Deduz-se do curto relatório, que o Município de Contagem, já com o processo em fase de execução, solicitou suspensão para resolver pendências administrativas requeridas pela executada.

Esta situação, significa que já havia sido encerrada a fase de julgamento administrativo e conseqüentemente sido emitida a Certidão de Dívida Ativa (CDA).

2.2 Análise dos fundamentos da Apelação

Como colocado o processo estava em fase de execução, sendo que para tal fase se faz necessário a CDA, a qual tem presunção de certeza e liquidez (art. 204 do CTN) e é emitida pela administração após verificado o auto de infração e concluído pela sua correção.

Outro ponto a ressaltar é que o CTN, em diversas oportunidades se utiliza das palavras específicas: "regular/regularmente" (arts. 141, 145, 154, 185, 201, 204 etc.) e "definitiva/definitivamente", (arts.129, 154, 174 etc.) quando se refere ao crédito tributário.

Sendo que as primeiras palavras se referem ao crédito constituído com observância do trâmite legal, como colocado no artigo 142, quais sejam: Agente capaz; Determinação da matéria tributável; Cálculo do montante do tributo devido; Identificação do sujeito passivo; Proposição de aplicação da penalidade cabível.

Já as segundas se referem ao crédito, que não cabe mais discussão administrativa, ou seja, que já tenha completado todas as fases administrativas de constituição, estando, portanto, definitivamente constituído.

Feitas estas breves explicações temos condições de seguir com o nosso estudo.

Observa-se que o Acórdão analisado, o qual teve aprovação unânime, começa sua fundamentação concordando com a prescrição intercorrente decretada na fase de execução, com base nos artigos 174 e 156, V:

“[...]a prescrição prevista no artigo 174, do Código Tributário Nacional dispõe sobre o prazo da cobrança do crédito tributário já constituído **definitivamente** pela autoridade administrativa, observado os requisitos do artigo 142, do Código Tributário Nacional. (Grifo nosso)

Não sendo ajuizada a ação de execução fiscal no prazo de 05 (cinco)anos, contados da constituição do crédito tributário, ocorrerá a perda do direito de ação para cobrança, o que implicará na extinção do crédito tributário nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional (fl. 3) (MINAS GERAIS, 2016)”

E continua a fundamentação:

“Após o ajuizamento da ação e havendo a inércia da Fazenda Pública em dar andamento regular ao feito, pelo período de 05 (cinco) anos ocorre a extinção da execução, em razão da prescrição intercorrente. [...] (fl. 4)” (MINAS GERAIS, 2016)

Veja que a Desembargadora na fundamentação admite que o crédito está definitivamente constituído.

A seguir cita Humberto Theodoro Júnior (2000), que, resumidamente, leciona ser possível a prescrição intercorrente desde a culpa seja exclusiva da Administração e também Hely Lopes Meirelles (2007) sobre o princípio da oficialidade que dispõe sobre o compromisso do Ente Público em impulsionar o feito. E segue nos seguintes termos:

“[...] a execução fiscal foi ajuizada em 2006 [...].

Em outubro de 2007, a parte apelante requereu a suspensão do feito pelo prazo de 90(noventa) dias tendo em vista a existência de recurso administrativo.

Decorrido um período superior a 07 (sete) anos de paralisação do feito e os inúmeros pedidos de suspensão, em 07 de maio de 2015, foi intimada a parte exequente para manifestar sobre possível prescrição intercorrente. (fl. 6)” (MINAS GERAIS, 2016)

A fundamentação estaria sem reparos se parasse por aqui, mas o que vem a seguir, salvo melhor juízo, não atende as boas práticas de direito, quando afirma:

Assiste razão a parte apelante que a existência de processo administrativo no qual se discute o crédito tributário, suspende a contagem do prazo prescricional diante da suspensão de exigibilidade do referido crédito.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; (fl. 6) (MINAS GERAIS, 2016)

Deve se ter em mente que:

I - se o crédito está em fase de execução fiscal é porque foi terminada a fase administrativa e emitida a Certidão de Dívida Ativa (CDA), que é quando se tem certeza do crédito de forma a atender o preceitos da CDA, previstos no artigo 204 do CTN;

II - o processo segue seu caminho (iter processual) “sempre em frente” visando a solução da lide, ou seja, não se pode querer que um processo que esteja em fase de execução, esteja também na fase de discussão administrativa.

Portanto quando a Desembargadora afirma que: assiste razão ao apelante no tocante a suspensão da contagem do prazo prescricional em virtude de processo administrativo, ela ignora o iter processual e ainda usa como fundamento, uma norma só aplicável na fase do contencioso administrativo, o que se pode observar combinando o inciso III do artigo 151 com o 141 do próprio CTN:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias. (Grifo nosso) (BRASIL, 1966)

Veja que este artigo deixa claro que só o “crédito tributário regularmente constituído”, tem sua exigibilidade suspensa, em outras palavras, tal situação não se aplica ao “crédito tributário definitivamente constituído”, o que é o caso.

Não bastasse isto, segue a Desembargadora na fundamentação invocando o princípio da razoável duração do processo:

Entretanto, é cediço que o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, prevê que é assegurado a todos, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo, a razoável duração do processo. [...]

[...] não é possível aceitar a eternização das impugnações administrativas diante do princípio da razoável duração do processo. [...] devendo ser reconhecida a prescrição intercorrente [...]:(fl. 7) (MINAS GERAIS, 2016)

Ao se usar um princípio tem que ter muita ponderação para não seguir por raciocínios incorretos. Por exemplo, qual seria o significado de “razoável”? E o que seria um prazo “razoável” no caso em questão? Vejamos primeiro o significado trazido pelo Dicionário Michaelis:

adj m+f

1 Admissível segundo a lógica; racionável.

2 Plausível pela razão; racional.

3 Que apresenta bom senso; sensato: “Naquela situação o mais razoável e o mais prudente era sem dúvida esperar!” (AA2).

4 Sem excessos: “Nunca o desejo era razoável, mas um capricho puro” (MA3).

5 Que pode ser aceito; que está acima do medíocre; sofrível: “No momento do exame de internação, seu estado geral era razoável, tanto que não foi encaminhado à UTI” (CA).

Pode-se observar que o significado que mais se adequa a situação é o de número três, podendo ser aceito também, pelo sentido dado pela Desembargadora, o de número quatro.

Mas ainda resta saber o que seria um prazo “razoável” no caso em questão. Vejamos, se considerarmos que:

I - o processo se encontra em fase de execução, aí não há dúvidas, aplica-se o parágrafo quarto do artigo 40, da Lei 6.830/1980 e decreta-se a prescrição intercorrente;

II - por hipótese, o processo esteja em fase de contencioso administrativo, temos que levar em conta que nesta fase, diferente da execução, a impugnação válida, suspende a exigibilidade do crédito tributário pelo inciso III do artigo 151 do CTN e, nesta hipótese, o que seria um prazo “sensato” ou “sem excessos”? Deve-se ter em mente que o contribuinte, muitas vezes, não tem interesse que o processo administrativo seja célere, visto que está utilizando o dinheiro do Estado e, depois do julgamento, provavelmente pagará uma taxa bem menor que aquela que conseguiria se buscasse o recurso no mercado.

Portanto, ao decretar a prescrição intercorrente no processo administrativo, como no caso em questão, simplesmente pelo decurso de prazo, estaríamos a ferir de morte outro princípio de direito: “o direito não socorre aos que dormem”, visto que para caracterizar a mora do estado, independentemente do princípio do impulso oficial, necessitaria ficar caracterizado que houve interesse, por parte do contribuinte, em uma solução célere da lide administrativa, o que, salvo melhor juízo, não é o caso.

Ademais, em pronunciamento recente (05/08/2020), no Agravo em Recurso Especial 1018829 – PR, o Ministro Sérgio Kukina do STJ, em decisão monocrática, baseada em jurisprudências do próprio tribunal, posteriores a alteração constitucional que introduziu princípio da “razoável duração do processo”, reafirmou a inexistência de prescrição intercorrente no Processo Administrativo:

[...] o prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário fica suspenso, nos termos do artigo 151, III, do CTN, só retornando seu curso, após a ciência pelo contribuinte do julgamento recursal.

Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEMORA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário [...]. Assim, somente a partir da notificação do resultado do recurso tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica. Agravo regimental improvido. (Grifou-se).

(STJ AgRg no AREsp 173621/RS Min. Humberto Martins - Segunda Turma -J. 18.09.2012 - DJ 25.09.2012).

[...]

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. 'PRESCRIÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TEMA SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.113.959/RJ. IMPOSSIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO, EM RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. [...] firmou o entendimento de que "o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, [...] momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo' administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica" (REsp 1.113.959/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/03/2010). (...) (Grifou-se.) III. Agravo Regimental improvido. (STJ AgRg no AREsp 519222/RS1 - Rel. Min. Assusete Magalhães - Segunda Turma J. 24.03.2015 - DJ 07.04.2015). (BRASIL, 2020)

Conforme se observa das jurisprudências acima, o posicionamento do STJ, não foi alterado com a inclusão do princípio da razoável duração do processo pela Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dez. 2004. Devendo ser ressaltado que o caso em análise no AREsp 1018829 – PR é ainda uma situação de demora maior que o acórdão ora discutido, conforme se pode ver no relatório:

[...] o processo administrativo fiscal ficou paralisado há mais de 10 (dez) anos ante a inércia da Administração Pública [...] (BRASIL, 2020)

Mas se o processo não está na fase de contencioso administrativo o que pode ter induzido a Desembargadora ao erro? A resposta pode estar em duas passagens do acórdão no voto:

[...] o apelante aduz em suas razões recursais que não há que se falar em prescrição, uma vez que foi requerida a suspensão do feito tendo em vista a pendência de recurso administrativo (fl. 2) [...]

[...] os autos foram encaminhados à diretoria de legislação tributária em 09/01/2009, sem data de retorno. (fl. 7)

[...] Dessa feita, não é razoável que a Administração Pública demore prazo superior a 09 (nove) anos para julgar de forma definitiva a constituição do crédito [...].(fl. 8) (Grifo nosso) (MINAS GERAIS, 2016)

Veja que no relatório (fl. 2) diz que o processo de execução foi suspenso a pedido da apelante para resolver pendência administrativa, até aí, tudo normal visto que a CDA, mesmo gozando de certeza e liquidez pode ser revista pela administração conforme dispõe o parágrafo oitavo, artigo 2º, da LEF:

Art. 2º [...]

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos. (BRASIL, 1980)

E, apesar de suspenso, o processo segue na fase de execução, aguardando a resolução da pendência administrativa, sem que isto impeça que o prazo prescricional continue a fluir, após um ano de suspensão do processo, parágrafo quarto, do artigo 40 da LEF.

O que pode ter confundido a Desembargadora é o fato de constar documentos afirmando que o processo foi encaminhado à administração (fl. 7).

No entanto, a execução é instruída com a CDA e, se for o caso, cópias e certidões do processo administrativo, o qual não sai da Administração Pública, salvo em situações especiais, conforme dispõe o artigo 41 e seu parágrafo único da LEF:

Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda

Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público.

Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas. (BRASIL, 1980)

O Acórdão, ora combatido, ainda tem por fundamento o REsp 1138206/RS, de 01 de setembro de 2010, (fls. 8 e 9) o qual, segundo a Desembargadora, permite declarar a prescrição intercorrente em Processo Administrativo.

Estaria tal acórdão em desacordo com a jurisprudência do STJ? Ou o entendimento jurisprudencial expresso no AREsp 1018829 – PR (2020) foi mudado após tal data? Para responder estas perguntas só mesmo analisando o referido acórdão:

[...] DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (BRASIL, 2010)

Primeiro ponto a destacar é que o REsp 1138206/RS (2010), trata de processo de restituição de crédito tributário, situação em que o contribuinte tem interesse na sua celeridade.

Segundo ponto a ser destacado é que o referido acórdão apesar de tratar do princípio da “razoável duração do processo” não trata de prescrição.

Cabe ainda ressaltar que às fls. 11 e 12 do seu voto, o relator considerou a situação um “procedimento fiscal” aplicando-se lhe o art. 7º, § 2º do Decreto 70.235/1972, no entanto, como tal parágrafo permite a prorrogação do prazo sem limites, foi utilizado o art. 24 da lei 11457/2007, nos seguintes termos:

A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias [...] (BRASIL, 2010)

Ou seja, somente para suprir a lacuna legal.

Outro ponto de dubiedade é a conclusão do voto da Desembargadora, nos seguintes termos:

Assim, diante do exposto, nego provimento ao recursos, mantendo a sentença que reconheceu a inexigibilidade do título que embasa a presente execução. (MINAS GERAIS, 2016) (SIC)

Ora, se mantém a sentença não se pode mudar seu fundamento, (§ 4º do art. 40 da LEF) pois assim fazendo estaria reformando-a.

Conclusão

Por todo exposto, entende-se estar o Acórdão combatido:

I - em desacordo com a jurisprudência do STJ, que prega a inexistência de prescrição intercorrente em Processo Administrativo fiscal;

II - em sua fundamentação, privilegiando em demasia um princípio (razoável duração do processo) em detrimento de outros dentre os quais o de que o "direito não socorre aos que dormem";

III - confuso, por ter se utilizado de legislação aplicável a determinada fase processual (crédito não definitivamente constituído) na fase de execução;

IV - contraditório, visto na conclusão do voto, diz manter a sentença, no entanto, muda, radicalmente, os fundamentos, reformando-a;

V - carente de comprovação do interesse do contribuinte na celeridade do processo, de forma a justificar a "razoável duração", o que, porventura, poderia justificar a aplicação do princípio da razoável duração do processo;

Resta ainda responder, como um acórdão com tantas dubiedades teve aprovação unânime dos demais desembargadores? Conjecturando, a hipótese mais plausível é que os demais desembargadores foram guiados pela conclusão do voto da Relatora "mantendo a sentença recorrida" e seguiram-na, não se atentando às citadas dubiedades da fundamentação, as quais, muito provavelmente, seriam corrigidas se tivessem elaborado seus votos.

REFERÊNCIAS

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC: 10079063171577001 MG, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 12/08/2016, Data de Publicação: 23/08/2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894948631/apelacao-civel-ac-10079063171577001-mg/inteiro-teor-894948736>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.138.206 - RS (2009/0084733-0), Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 09/08/2010, Data de Publicação: 01/09/2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=991470&tipo=0&nreg=200900847330&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100901&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1018829 - PR (2016/0304391-7), Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: 05/08/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=1018829&b=DTXT&p=true>. Acesso em: 31 mai. 2021.

MOREIRA, Felipe Bartolomeo. Prescrição intercorrente no Novo CPC: tudo o que você precisa saber. 21 de abr. 2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/prescricao-intercorrente/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Lei de Execução Fiscal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).... **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jul. 2017.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Verbete: “razoável”. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/razo%C3%A1vel/>. Acesso em: 18 mai. 2021.

A FISCALIZAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

JOÃO VICTOR SILVA LOPES:

Acadêmico em Direito na
Universidade UNA Contagem

NATALIA CARDOSO MARRA²⁸¹

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivos demonstrar os procedimentos que deverão ser cumpridos por todos os servidores da Administração Pública envolvidos nos procedimentos de fiscalização dos contratos administrativos. A fiscalização dos contratos administrativos visa garantir o fiel cumprimento das obrigações contratuais entre contratante e contratado, além de garantir a prestação dos serviços e fornecimento dos materiais em padrão de qualidade compatível. O Gestor do contrato tem foco na relação contratual, atuando na utilização eficaz de todos os recursos disponibilizados a fim de serem atingidos os objetivos do contrato. O Fiscal do contrato atua na execução contratual, visando o atendimento às condições e qualidade dos serviços e do fornecimento dos materiais na forma da contratação, e sua atividade tem por objetivo subsidiar a atuação do Gestor do contrato. A abordagem da pesquisa classifica-se como básica, exploratória, bibliográfica e qualitativa, isto é, visa se aprofundar por meio de referências, doutrinas, legislação e artigos científicos. Diante do exposto, nota-se que a fiscalização na execução dos contratos administrativos é de extrema importância para a organização e gestão do poder público, visto que tal atividade eleva a qualidade dos serviços prestados à população.

Palavras-chave: Administração Pública. Contratos Administrativos. Execução e Fiscalização.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the procedures that must be complied with by all Public Administration servers involved in the inspection procedures of administrative contracts. The inspection of administrative contracts aims to guarantee the faithful fulfillment of the contractual obligations between the contracting party and the contracted party, in addition to guaranteeing the provision of services and the supply of materials in a compatible quality standard. The Contract Manager focuses on the contractual relationship, acting in the effective use of all available resources in order to achieve the objectives of the contract. The Contract Supervisor acts in the contractual execution, aiming at meeting the conditions and quality of services and the supply of

²⁸¹ *Doutora em Ciências Sociais, Mestre em Gestão Social, Professora UNA.*

materials in the form of the contract, and his activity aims to subsidize the performance of the Contract Manager. The research approach is classified as basic, exploratory, bibliographic and qualitative, that is, it aims to deepen through references, doctrines, legislation and scientific articles. In view of the above, it is noted that inspection in the execution of administrative contracts is extremely important for the organization and management of the public power, since such activity increases the quality of services provided to the population.

Keywords: Public Administration. Administrative Contracts. Execution and Inspection.

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Referencial Teórico; 1.1 Contratos Administrativos; 1.2 Fiscalizações De Contratos; 1.3 Contratos De Serviços Terceirizados; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

O contrato administrativo é um acordo celebrado entre um órgão ou entidade da administração pública e uma pessoa física (física ou jurídica), que visa à consecução de objetivos públicos e sociais e obedece ao ordenamento jurídico do direito público.

Geralmente existem cláusulas excessivas nesses contratos administrativos, garantindo a superioridade do departamento administrativo e prejudicando os interesses dos contratados. O regime geral de direito público, a aplicação complementar das normas de direito privado e o desequilíbrio dos contratos propícios à administração são algumas das características básicas da gestão dos contratos administrativos.

Esses contratos são regidos pelas respectivas cláusulas, normas de direito público e Lei Federal nº 8.666 / 93. Além dos órgãos de gestão direta, fundos especiais e autoritários, também estão sujeitos às condicionantes desta lei, as fundações públicas, listadas sociedades, sociedades de economia mista e demais sociedades controladas direta ou indiretamente pela União, pelo Estado, pelo Distrito Federal e pelos municípios - art. Parágrafo 1, parágrafo único (Brasil, 1993).

O contrato na administração pública deve ser administrado e fiscalizado de forma a garantir que a eficiência administrativa desejada seja alcançada na realização dos interesses públicos. No entanto, pode haver algumas falhas na verificação desses aspectos.

Embora existam responsabilidades administrativas, civis e até criminais, muitos inspetores de contrato realizam inspeções de maneira incorreta e negligente. Portanto, os agentes públicos devem ser treinados e conscientes da importância desse assunto para que possam exercer a função de fiscalização de forma prudente e satisfatória.

A fiscalização e fiscalização da execução do contrato é uma garantia à administração pública de que os bens e serviços serão executados de acordo com a quantidade e qualidade estipulada no contrato. Ou seja, se não houver fiscalização adequada, aumentam a probabilidade de falha, o que pode ser prejudicial à sociedade por fornecer serviços mal executados ou produtos de qualidade duvidosa.

Os fiscais de contrato devem ser leais ao departamento administrativo, cumprir suas funções com eficácia e honestidade, exceto por exercer suas funções sem envolvimento pessoal e sempre buscando soluções administrativas para os problemas levantados, a fim de evitar ações administrativas exageradas que possam ser prejudiciais ao governo.

No entanto, os funcionários públicos estão cientes do problema da negligência na revisão dos contratos administrativos? O inconveniente causado por uma possível negligência relacionada a isso raramente é levado a sério. Os funcionários designados para desempenhar esta função são devidamente qualificados? A revisão de contratos administrativos exige domínio e seriedade.

No que se refere à fiscalização dos contratos firmados entre o poder público e terceiros, pode-se afirmar que estas têm por finalidade verificar e certificar o devido cumprimento contratual quanto ao fornecimento de bens e serviços. .

Nesse sentido, objetivo geral do presente trabalho é evidenciar a importância da supervisão e o controle da Administração Pública quanto às condições contratuais exigidas e os resultados esperados consistem na maneira de demonstrar que a máquina do poder público, com base nos princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade.

Como objetivos específicos, pretende-se:

- a) Analisar a eficiência administrativa da fiscalização dos contratos administrativos;
- b) Averiguar meios de melhorar essa fiscalização;
- c) Apontar os meios atuais de fiscalização administrativa.

A análise da fiscalização dos contratos administrativos é de suma importância para o discernimento coletivo, é interessante salientar que o fiscal do contrato atua na execução contratual, visando o atendimento às condições e qualidade dos serviços e do fornecimento do gestor do contrato.

Nesse sentido, diante das explanações acerca do tema, o problema a ser discutido no referido estudo consiste na observância e necessidade quanto à fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Diante disso, o presente trabalho traz como objetivo estudar a fiscalização na execução dos contratos administrativos, expondo a necessidade de que haja um servidor público especificamente para esta atribuição, visto que, na prática, é uma função com grande defasagem dentro da Administração Pública.

Nesse sentido, reitera-se que a fiscalização quanto à execução dos contratos é necessária e de grande valia para a eficiência e economia do dinheiro público.

No que se refere à abordagem da pesquisa, é correto afirmar que esta se classifica como básica, pois visa buscar e adquirir novos conhecimentos. Além disso, é exploratória e bibliográfica, visto que, objetiva esclarecer os principais pontos necessários acerca do assunto, mediante referências em doutrinas, legislação e artigos científicos.

Serão apresentadas as noções de gestão e fiscalização quanto à execução dos contratos, bem como as atribuições do fiscal dos contratos e sua responsabilidade solidária.

Percebe-se, assim, que a temática necessita ser estudada, haja vista sua importância no contexto jurídico.

O trabalho será desenvolvido, sob o ponto de vista de sua natureza, com esteio em uma pesquisa básica, cujo foco é gerar conhecimento e solucionar o problema de pesquisa elencado.

No que tange aos objetivos, a pesquisa é descritiva, tendo como característica principal a análise metódica e descritiva do objeto de estudo, coletando-se diversas informações dos dados bibliográficos para se alcançar uma visão mais abrangente dos resultados e um aprofundamento do tema examinado.

Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, pois busca descrever o tema usando impressões, opiniões e pontos de vista. Essa abordagem proporciona uma compreensão mais detalhada das perguntas da pesquisa, e seus dados permitem compreender a complexidade e os pormenores das informações obtidas.

No que concerne ao método utilizado na elaboração do trabalho, registre-se que será utilizado o método dedutivo (estrutura de pensamento lógico que permite testar a validade de informações já existentes), que terá o objetivo de explicitar o conteúdo das premissas, bem como de particularizar uma conclusão a partir delas.

Quanto aos procedimentos técnicos que serão utilizados, é de bom alvitre destacar que a pesquisa a ser realizada será majoritariamente bibliográfica, valendo-se de fontes constituídas por material já elaborado, composto basicamente por livros, por codificações, por revistas e por artigos científicos.

Por derradeiro, a técnica a ser empregada para a apreciação da bibliografia indicada consiste na técnica que privilegia a análise de conteúdo e a análise de discurso. Pela análise de conteúdo evidencia-se que o âmago da questão é sintetizado na materialidade linguística através das condições empíricas do texto. Já, pela análise de discurso há a preocupação em compreender os sentidos que o sujeito manifesta através do seu discurso, interpretando-o (FILHO, 2014).

No tópico seguinte será abordado Contratos Administrativos, Fiscalizações de Contratos e Contratos De Serviços Terceirizados.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De forma geral, é notório que no âmbito da Administração Pública seus respectivos órgãos enfrentam diversas dificuldades quanto à efetiva aplicação na fiscalização e controle dos contratos administrativos, visto que, em sua maioria, não há agentes públicos devidamente qualificados para exercerem as atribuições de fiscal do contrato. Diante disso, no decorrer do presente trabalho, percebe-se que seu ponto principal consiste em demonstrar a importância da fiscalização na execução dos contratos, pois sua aplicabilidade torna o funcionalismo público mais eficiente. (NETO, 2015)

Seguindo dessa premissa, no primeiro capítulo deste estudo, será apresentada a contextualização da Administração Pública, destacando a distinção em sua forma direta e indireta. Ainda, serão explanados os conceitos e os objetivos dos princípios constitucionais, assim como também a relevância que estes possuem na esfera do poder público. Ao final, será elucidada a definição de federalismo e a separação dos entes federativos. (NETO, 2015)

Adiante, serão abordadas as noções, fases e obrigatoriedade da licitação, na qual é possível identificar que a Lei nº 8.666/93 visa garantir efetivamente o interesse público por meio das contratações realizadas pela Administração.

O contrato administrativo é aquele firmado entre a Administração Pública e terceiros com o propósito de atender as suas necessidades sendo observadas as normas do direito público. Os contratos administrativos são regidos pela Lei Federal nº 8666/93,

de competência da União, sendo precedidos por um processo de licitação. Os contratos devem expor com transparência e precisão todas as condições necessárias à sua execução, definidas em cláusulas que determinem os direitos, obrigações e responsabilidades do Contratante e Contratada, em conformidade com os termos da citada lei. (SANTOS, 2015)

Além disso, serão discorridos os casos em que a lei prevê exceções quanto ao dever de licitar, permitindo assim a realização de dispensas e inexigibilidade de licitação, ou seja, contratar bens ou serviços diretamente, sem a necessidade de executar o processo licitatório.

Na sequência, mediante as definições, esclarecimentos e formalidades dos contratos, nota-se que estes devem ser cumpridos rigorosamente, respeitando todas as cláusulas previstas em lei, sendo estas: obrigatórias, facultativas e exorbitantes. Ainda, ressalta-se que há ressalvas quanto ao contrato escrito, podendo este ser aplicado verbalmente, desde que esteja previsto em lei.

Ao final, no último capítulo, será abordado o objetivo geral do presente trabalho, isto é, a análise dos instrumentos de controle e fiscalização dos contratos administrativos. Posteriormente, diante das explicações a respeito do fiscal dos contratos, percebe-se que o respectivo cargo tem grande importância na Administração Pública, visto que a finalidade do mesmo é simplesmente garantir a efetiva aplicabilidade dos contratos e tornar o funcionalismo público mais eficaz.

Diante da análise realizada, é importante reiterar o problema proposto para o presente trabalho, sendo este a observância e a necessidade da fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Para verificar o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato administrativo, tanto técnicas quanto administrativas é dever da Administração Pública o acompanhamento e fiscalização da execução contratual, sendo essa fiscalização importante para garantir o interesse público e assegurar a eficácia da contratação. Essa fiscalização deverá ser realizada por profissional ou equipe de profissionais habilitados com conhecimento técnico necessário para o exercício desta atividade desde o início até o término da vigência contratual.

Nesse sentido, pode-se verificar que a hipótese levantada inicialmente para o respectivo questionamento é verídica, ao passo que, por meio da pesquisa levantada no decorrer deste estudo, constata-se que a fiscalização e o controle dos contratos são fundamentais para a organização em todas as esferas de governo e deve ser entendida de forma ampla, ou seja, não deve se limitar em apenas aspectos administrativos e financeiros. Além disso, ressalta-se que o sistema de fiscalização no âmbito do poder público cria uma

cultura da transparência, assim demonstrando que seu funcionalismo é devidamente eficaz e atinge o interesse coletivo.

Ao gestor de contratos da Administração Pública compreende o gerenciamento, o acompanhamento da fiscalização, a execução de ajustes, desde o planejamento da licitação até a entrega do bem ou da finalização da prestação de serviços. A gestão de contratos envolve o acompanhamento e o controle sobre diversas atividades tais como elaboração do projeto básico e definição do objeto, confecção da minuta contratual, execução do objeto, acompanhamento dos prazos e produtividade, alterações contratuais, verificação do atendimento aos requisitos legais, devendo ser exercidas por profissionais detentores de conhecimento abrangente que lhe permita atuar nas atividades de gerenciamento, fiscalização e controle. (CHAVES, 2019)

Portanto, é indispensável que os órgãos da Administração Pública se estruturarem da melhor forma e adequem-se para que o sistema de fiscalização e controle dos contratos seja aplicado efetivamente, visto que tal atividade administrativa não só irá elevar a qualidade dos serviços prestados, como também será reconhecida e prestigiada pela comunidade.

1.2 FISCALIZAÇÕES DE CONTRATOS

É importante que o administrador público adote medidas voltadas ao monitoramento dos contratos, pois dessa forma, ele protegerá não apenas o interesse público, mas também a si mesmo. Além de reconhecer a familiaridade do processo licitatório, com o tempo você encontrará três fatores de risco: a) gestão de contratos; b) teste de contrato e c) controle de recebimento do objeto.

O teste de desempenho do contrato é obrigatório, e as oportunidades para fazê-lo ou não ficam a critério do gestor público. Essa obrigação está prevista na Instrução 8.666/93, artigo 67, que estabelece que a conduta contratual deva ser acompanhada e fiscalizada por um Representante Especial da Administração designado, o que permite a contratação de terceiros para auxiliar e prestar as informações pertinentes nesta atribuição.

Relativamente a esta entrada de empresas terceiras para assistência à fiscalização, importa referir que existe um padrão inferior, que mantém uma “obrigação essencial da Administração”. A responsabilidade do supervisor de fiscalizar o contrato é pessoal e intransferível, e a ineficiência dos adjetivos apropriados pode expor o servidor designado às aves ativas (RIBEIRO, 2014).

O desenho do contrato deve ser monitorado e contratado por um representante da Administração, preferencialmente de uma boa empresa ou serviço solicitante. Os gestores

devem manter, do início ao fim do contrato, uma equipe qualificada, treinada ou fiscalizada, com o conhecimento técnico necessário para acompanhar e controlar o serviço que está sendo executado. Os inspetores podem ser funcionários do Departamento de Administração ou empregados principalmente para esse fim. Caso o item do contrato envolva habilidades técnicas e a Administração não possua especialistas especializados em seu quadro de funcionários, é possível contratar terceiros para participar da avaliação (RIBEIRO, 2014).

Avaliação é a prática de acompanhar constantemente uma determinada obra com seu processo regulamentado, sugerindo uma lista de documentos de ação necessários que incluem um planejamento completo na fase de pré-contratação, onde o futuro fiscal de contrato também pode participar da formulação de procedimentos para todas as ações como ferramenta de licitação (aviso de licitação), período de referência ou projeto básico, planilha de orçamento e despesas, cronograma tangível. Na fase de planejamento já é importante mensurar a necessidade de atendimento e os resultados esperados do contrato, estudos e ideias técnicas que nortearam o processo, pareceres jurídicos, na fase de contrato é importante conhecer a proposta do contratante, ferramenta de contrato, documento de nomeação da contratada, diário de bordo, preferencialmente assinado pelo agente contratado e atas de reuniões realizadas com o agente contratado para fins de discussão do nível de ocorrências acordo.

O Fiscal de Contratos, como protagonista, é o responsável pelo monitoramento e avaliação, com ferramentas que auxiliam na necessidade de conscientizar e implementar o monitoramento dos processos corporativos contratados pelos Gestores para a execução dos serviços e principalmente os de um ambiente sustentável. Uma das áreas do inspetor é a dedicação e treinamento do inspetor, se ele não for treinado deve buscar treinamento antes mesmo de assumir um contrato de trabalho de teste.

Caso seja constatada alguma irregularidade - o que deve ocorrer durante a revisão do contrato e não apenas no recebimento do item, como já mencionado - o fiscal deve reportar ao seu cadastro e a empresa deve ser notificada para corrigir a falha. Ressalta-se que tal aviso deve incluir claramente quaisquer deficiências identificadas, pois somente o contratado poderá pleitear a higienização efetiva para a empresa. Através da eficácia do fiscal de contrato monitorando o desempenho da execução para que faça sentido para que as necessidades da comunidade sejam atendidas da maneira mais satisfatória, sempre é necessário o melhor desempenho para alcançar os melhores resultados (RIBEIRO, 2014).

No que diz respeito aos componentes de controle de contratos, destacamos a suspensão, características inusitadas e análise de cada contrato, incluindo técnicas de teste de risco e desempenho, de forma a minimizar esses riscos.

Informar o fiscal de contratos e sua função é torná-lo conhecido e legítimo, o que é uma forma de destacar sua posição, na busca do melhor desempenho empresarial.

A partir dos requisitos de gestão da boa governança, são exigidos inicialmente os méritos das boas práticas de gestão, para que se possa contratar adequadamente, se a gestão estiver ciente de que o valor gasto em treinamento e desenvolvimento de pessoal é infinitamente menor que o peso do processo de remuneração na tesouraria e/ou processo no final, eles não vão parar o esforço para ter pessoas qualificadas. Cabe, portanto, ao Administrador utilizar os meios necessários à obtenção do grau, ou sem a solicitação de participação em treinamentos, simpósios, congressos, cursos e outros métodos de treinamento, utilizando empresas que venham a ser contratadas diretamente pelo descumprimento da licitação, considerando a variância do serviço a ser prestado (RIBEIRO, 2014).

Demonstrar isso é uma ferramenta que ajuda a fazer um bom contrato e sua avaliação, no dia a dia. Por isso, temos boas práticas de informação adequada, em murais e online, sobre as atividades das empresas contratadas.

É aconselhável cuidar bem dos problemas antes que eles causem danos difíceis de reverter, evitando assim que eles se desenvolvam. Este guia é muito econômico e saudável para todos os atores envolvidos, sem prejudicar a liberação de serviços de excelência ao cidadão. No entanto, a gestão da defesa requer estratégias e análises, no que diz respeito à gestão de riscos, bem como a formação de pessoal.

1.3 CONTRATOS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Embora alguns estudiosos considerem um fato preocupante, devido ao surgimento de um quadro claro para trabalhadores contratados “fora da lei e da Constituição”, bem como gestores de cargos públicos ou de obras públicas, que exercem funções oficiais e aqueles que são empregados. para atender de forma diferenciada as reais necessidades de serviços temporários de interesse público, a terceirização como modelo de gestão onde o Departamento de Gestão aprova contratos de empresa externa (privada), mas isso não se confunde com terceirização.

Prestação de serviços sem contrato de serviço através da empresa, ligação entre colaboradores e colaboradores, através de contrato de prestação de serviços. A relação de trabalho é entre o empregado e o prestador de serviço, não diretamente com o seu contratante (SANTANA; CAMARÃO, 2015).

Hoje em dia, quando se inicia o processo de contratação de serviços de empresas estrangeiras, cabe ao Governo organizar as licitações. É necessário salientar que também é

importante ter as mesmas preocupações quanto à boa gestão desses contratos, pois a própria Administração pode ser responsável pela cooperação e/ou em parte pelos custos previdenciários adequados e custos com pessoal e conseqüentemente. O desempenho eficaz da gestão permitirá avaliar a prestação de serviços e, em particular, monitorizar e assegurar que atinge o seu objetivo principal.

É importante ressaltar o quanto a responsabilidade do diretor público é que ele saiba que é o responsável pelos recursos públicos e, portanto, deve agir com honestidade e principalmente de acordo com as regras da lei.

No dia a dia, é difícil entender que a Administração está contratando serviços, não funcionários, e deve seguir esse contrato, verificando se a empresa atendeu a todos os requisitos de autorização estabelecidos no edital, por exemplo, o pagamento de despesas com pessoal e segurança social para prestadores de serviços. (VIEIRA; VIEIRA; FURTADO; FURTADO; MUKAI; SANTANNA, 2015).

A liberação de funções é permitida no caso de atividades de segurança e vigilância; trabalhos de manutenção e limpeza; serviços especiais ligados à função intermediária do prestador de serviços. O contrário deve ser feito no trabalho de meio período, onde os funcionários também podem ser contratados para trabalhar no negócio principal da empresa.

Inicialmente, pode ser definida como uma função central que controla o objeto de uma empresa, separado, portanto, de seu processo produtivo, se prepara como um serviço necessário (paralelo ou secundário), mas não essencial.

O trabalho contextual é aquele que combina funções importantes e comuns para as quais uma empresa é construída. Seu objetivo é examinar seu campo de atuação de forma bem divulgada em questões organizacionais.

Portanto, a demissão do emprego deve ser sempre considerada uma questão separada, é possível apenas em determinadas circunstâncias mencionadas acima e, em qualquer caso, mesmo nessas circunstâncias, a demissão será considerada legal apenas se atender a todos os requisitos legais.

Um ponto importante que deve ser enfatizado, e comum na exclusão externa, sejam funções de conservação e limpeza, segurança e proteção, bem como serviços especializados relacionados a serviços de apoio, são: A óbvia negação de presença pessoal e subordinação do prestador de serviço, e, uma vez atendidos esses requisitos, também existe o vínculo empregatício com o prestador de serviço. Este fato não se aplica, porém, se o mutuário for membro da Administração Pública, havendo necessidade de aprovação prévia no concurso público, conforme determina o Estatuto da Associação. Da mesma

forma, surge uma situação especial em regime de tempo parcial, em que se manifesta a subordinação entre empregado e empresa, fornecedores e clientes. (SANTANA; CAMARÃO, 2015, p. 152).

Para maior clareza, com exceção dos desligamentos temporários, nos outros três casos de desligamento, não há prazo para que um empregado contratado por uma prestadora de serviço (empregado fornecedor) continue prestando ao mesmo mutuário, desde que não haja personalidade e submissão a ele como descrito acima.

Portanto, em caso de dispensa ilícita, o prestador de serviço será empregado de empresa terceirizada, que apenas mantém vínculo de trabalho com o mutuário.

As relações empregatícias, Carteira de Trabalho e Assinatura de Segurança Comunitária - CTPS, folha de pagamento e outros direitos, bem como a aplicação de multas e/ou penalidades trabalhistas, permanecem de responsabilidade do prestador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os departamentos da administração pública enfrentam obstáculos na aplicação de sistemas eficazes de inspeção e controle de contratos administrativos em seu governo. Os obstáculos são muitos e variados, mas todos eles se concentram na falta de implementação, estrutura organizacional e pessoal qualificado que mais tarde atuará como supervisores de contrato. Para aprofundar a natureza das funções de fiscalização e controle dos contratos administrativos na administração pública, no vazio do sistema de controle existente, os problemas envolvidos surgem na utilização insuficiente de recursos públicos ou na apropriação indébita.

Portanto, esta pesquisa apresenta vários conceitos de administração pública no primeiro capítulo do desenvolvimento, como sua natureza e sua relação com o Estado. Ressaltamos que as atividades da administração pública não aparecem apenas no âmbito do poder executivo, mas também no âmbito do poder legislativo e judiciário.

Além disso, nesta pesquisa, nos referimos aos princípios constitucionais que são vitais para a administração pública, porque esses princípios são concebidos para garantir que o interesse público prevaleça sempre no trabalho administrativo, e para garantir que a harmonia entre administradores e administrados seja baseada em O objetivo é orientar o tribunal e as partes para chegar a uma solução justa.

Em seguida, discutimos os objetivos e obrigações das licitações e contratos administrativos, a partir dos quais podemos verificar que o objetivo principal da lei de licitações é garantir o interesse público na contratação de pessoal administrativo.

Resolvidas exceções às obrigações de licitação, como dispensa de licitação e inexequibilidade, nestes casos, o contrato pode ser firmado diretamente sem a necessidade de licitação.

Portanto, entendemos que os contratos administrativos não podem ser apenas considerados formalidades, mas devem ser rigorosamente cumpridos e formalmente editados pelos órgãos da administração pública, que visam atender ao interesse público e possuem prazos obrigatórios, opcionais e exorbitantes.

Como o objetivo geral do trabalho está centrado na análise dos instrumentos de controle e fiscalização dos contratos administrativos, o último capítulo analisa os diversos mecanismos de controle da administração pública: Controle legislativo, controle judicial, controle de tribunal de contas, controle interno e fiscalização de contratos de ações judiciais. Esses mecanismos podem controlar efetivamente a administração pública.

Confirmamos que todos os poderes do Estado exercem o controle, e o âmbito do controle se estende a todo o departamento administrativo e abrange todas as suas atividades e agentes.

Os serviços da administração pública obedecem ao princípio da eficiência na prestação dos serviços, de forma a beneficiar todos os cidadãos, através da realização de trabalhos lícitos, úteis e eficazes, que sejam do interesse das pessoas. Nesse sentido, o meio de controle é uma ferramenta importante para a fiscalização eficaz da administração pública, com o objetivo de evitar que qualquer pessoa seja prejudicada por injustiças, erros ou irregularidades.

Tendo em vista a análise das questões levantadas neste estudo, como a fiscalização da execução dos contratos administrativos deve tornar a administração pública eficaz? Pela investigação proposta neste trabalho, parece que, para qualquer organização, a fiscalização da execução dos contratos administrativos é imprescindível, devendo ser entendida em um sentido amplo, ou seja, não se limitar aos aspectos financeiros e administrativos, pois inclui um conjunto de métodos e ações implementadas dentro de um determinado órgão administrativo, criando uma cultura, transparência, comparando resultados esperados com resultados de interesse público.

Portanto, os departamentos da administração pública devem estruturar e ajustar melhor seus sistemas de gestão e controle para melhorar a qualidade dos serviços que prestam à comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em

CHAVES, Fábio Barbosa; ROSA, Alan Wortmann **Da fiscalização contratual como**

meio para busca de eficiência na Administração pública. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5817, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73487>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Editora Revista dos Tribunais, 16ª Edição, revista atualizada e ampliada, 2014, p. 965/966.

NETO, Fernando Ferreira Balter; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. Editora Jus Podium, 5ª Edição, 2015, p. 408/409.

RIBEIRO, Fernanda Rodrigues Gomes. **A fiscalização dos contratos gerando eficiência na gestão**. 2014.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana. **Gestão e fiscalização de contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Editora Fórum, 2015, p. 176/184.

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha; MUKAI, Toshio; SANTANNA, Rogério. **Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

A IMPORTÂNCIADA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DA SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR DO ESOCIAL NAS EMPRESAS

LUANA BRUZON LEITE: Graduanda em Ciências Contábeis – Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF

BRUNA DE ALMEIDA²⁸²

OSMARINA FERREIRA RODRIGUES²⁸³

(coautoras)

DANIELA BORELI²⁸⁴

(orientadora)

ROGÉRIO DE JESUS RIBEIRO²⁸⁵

(coorientador)

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a importância da implantação do sistema de Saúde e Segurança do Trabalho (SST) vinculado ao e-Social. Esta plataforma que faz parte do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e promove a autodenúncia para a Previdência Social, Receita Federal, Ministério do Trabalho e demais órgãos, através de eventos digitais enviados pela empresa. A unificação dos sistemas e vinculação da informação a uma base consolidada faz com que a responsabilidade pela atualização dos dados por parte das empresas seja ainda maior, uma vez que as consequências pela inadequação destes processos é onerosa e pode gerar penalidades importantes pelo seu descumprimento, podendo ser desde uma advertência até multas vultuosas. A metodologia presente nesse trabalho teve como base uma revisão bibliográfica em artigos científicos e portais oficiais dos órgãos de governo, que se tornaram os pilares para a estruturação desse artigo. Por fim, conclui-se que o SST é fundamental para subsidiar as obrigações previstas na legislação e atender aos requisitos essenciais de alimentação das informações do sistema do e-Social, mantendo desta forma as empresas em situação regular perante aos órgãos de controle.

Palavras-chave: Segurança; Saúde; e-Social; Qualificação; Implantação; Acidente do trabalho.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the importance of implementing the Occupational Health and Safety (OHS) system linked to e-Social. This platform is part of the Public Digital Bookkeeping System (SPED) and promotes self-reporting to Social

282 Graduanda em Ciências Contábeis – Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF

283 Graduanda em Ciências Contábeis – Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF

284 Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis

285 Mestre em Engenharia de Produção, graduando em Direito – Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF

Security, Federal Revenue, Ministry of Labor and other bodies, through digital events sent by the company. The unification of systems and linking information to a consolidated base makes the responsibility for updating data on the part of companies even greater, since the consequences for the inadequacy of these processes are costly and can generate significant penalties for non-compliance, range from a warning to large fines. The methodology present in this work was based on a bibliographical review of scientific articles and official portals of government agencies, which became the pillars for the structuring of this article. Finally, it is concluded that the SST is fundamental to subsidize the obligations foreseen in the legislation and to meet the essential requirements of feeding the information of the e-Social system, thus keeping the companies in good standing before the control bodies.

Keywords: Security; Health; eSocial; Qualification; Implantation; Workaccident.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, foi elaborado o projeto e-Social que tem por finalidade a modernização e redução da burocracia que limita o setor empresarial das empresas brasileiras, melhorando a qualidade das informações e das obrigações das áreas fiscais, previdenciárias e trabalhistas, aumentando a arrecadação de impostos e diminuindo as sonegações dos mesmos. (SEKULA e MICHALOSKI, 2018).

O e-Social é uma plataforma corporativa onde reduz custos e tempo na área contábil das empresas, tratando-se de um sistema de cadastro mantido pelo Governo Federal, para moderar as informações referentes aos colaboradores e transmitir dados coletados pelas empresas ligadas a ele (BRASIL, 2017).

Dentro desta plataforma e-Social, encontra-se uma ferramenta chamada de Segurança e Saúde do Trabalho (SST) na qual sua finalidade é analisar os trabalhadores, as tecnologias e as definições de cada cargo (Costella; Saurin; Guimarães, 2008). Segundo Oliveira; Oliveira; Almeida (2011), o SST tem a funcionalidade de reduzir acidentes, promovendo a saúde e a necessidade dos trabalhadores em questão, melhorando seus rendimentos operacionais e com isso havendo um possível plano de carreira.

A área de SST no país vive um momento de grandes e profundas transformações e com impactos diretos no modo com que as organizações e entidades públicas devem fazer gestão dos riscos ocupacionais nos processos produtivos e ambientes de trabalho. A grande novidade para a governança corporativa pública e privada é que estes sistemas tecnológicos federais passam a compor um banco de dados digitais de informações, o Sistema Público de escrituração digital, que entre aplicações tecnológicas, incluem o e-Social, a EFD-Reinf, a DCTFWeb, o SERO e a Nota Fiscal Eletrônica (MAZZA, 2013).

O não cumprimento dessas normas acarreta penalidades, atuações e multas, podendo ser acumuladas anualmente. Isso tudo se dá pelo laudo XML, que é específico conforme a categoria da empresa (BRASIL, 2022).

2.OBJETIVO

2.1 OBJETIVOS GERAIS

Apresentar a importância das atividades relacionada a SST e suas implicações nas rotinas administrativas das empresas por meio do e-Social.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Apresentar o sistema de e-Social e sua abrangência frente aos órgãos governamentais
- Conceituar o sistema de Saúde e Segurança do Trabalho (SST)
- Apresentar a legislação competente que fundamenta o SST e as obrigações trabalhistas e previdenciárias
- Demonstrar as consequências jurídicas pelo não cumprimento das legislações referentes a SST e ao e-Social.

3.REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 E-SOCIAL

Segundo Brasil (2022), o e-Social é um projeto do Governo Federal, onde constitui no Decreto nº 8373/2014 para facilitar a unificação dos envios das informações ao empregador para seus colaboradores, facilitando a administração das informações relacionadas aos trabalhadores, com vínculos ou sem contribuições previdenciárias, folha de pagamento, comunicações de acidente de trabalho, aviso prévio, escriturações fiscais e informações sobre o FGTS.

Descrito no Manual de Orientações do e-Social (2022) o mesmo possui alguns princípios, dentre eles: o sistema ajudará com maior efetividade o acesso e o conhecimento dos direitos que o trabalhador possui, facilitará uma linguagem mais didática, o cumprimento das obrigações para o trabalhador, será objetivo e eficiente para a maior compreensão do mesmo, o novo sistema servirá como uma forma de conhecimento ao trabalhador em relação aos direitos trabalhistas e previdenciários, e caso seja ME/EPP, uma atenção especial de suas obrigações.

Ainda segundo o Manual de Orientações do e-Social (2022) traz consigo a obrigatoriedade no seu uso nas empresas, sendo assim, todas as empresas que contratam prestadores de serviços sendo cargos presenciais ou remotos, possuem essa obrigatoriedade de transmitir essas informações trabalhista, previdenciária e/ou tributária, em relação desse vínculo jurídico de trabalho, incluindo a natureza administrativa e com conforme a legislação pertinente ao mesmo e estando obrigado a enviar informações corretas e decorrentes desse fato por meio do e-Social.

Nesta área especializada, o evento é obrigatório a partir do dia 01 de janeiro de 2023 a lei começou a vigorar a parte do dia 13 de outubro de 2021 (BRASIL, 2021).

Ainda segundo Brasil (2021), os eventos SST no e-Social que compõem as informações que as empresas enviam para o sistema supracitado, estão relacionados a saúde e a segurança do trabalhador. Podemos definir esses eventos em: Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT); Monitoramento da Saúde do Trabalhador e Condições Ambientais do Trabalho.

De acordo com Vier, (2022) o e-Social possui evento, que é um acontecimento, ou seja, tudo o que acontece na folha de pagamento do funcionário ou prolabore, como por exemplo sua admissão, se houve alguma alteração de salário, suas férias, acidentes ou alguém acometido por ele no seu ambiente de trabalho, é chamado de evento. Cada evento cadastrado preencherá a base de dados na plataforma de Registro de Eventos Trabalhistas, registrando todo o histórico laboral do trabalhador.

3.2 SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO – SST

Descrito por Rodrigues (2022), SST é a sigla para Segurança e Saúde do Trabalho, onde se refere a um conjunto de normas e procedimentos legalmente exigidos às empresas e colaboradores, para a redução de acidentes ou doenças operacionais. As empresas já perceberam que é fundamental se preocuparem com a saúde e segurança dos colaboradores garantindo a sua integridade física, possibilitando a melhorias nos resultados e de sua competitividade tendo a intenção em diminuir riscos de acidente ou até mesmo o desenvolvimento de doença operacional (OLIVEIRA, 2022).

Segundo Rodrigues (2017), é imperativo conceber e desenvolver um sistema integrado de gestão de segurança e saúde ocupacional preventivo, eficiente e eficaz. Todas as partes interessadas: supervisores, gerentes, demais trabalhadores e a comunidade em geral, também estão em jogo. Melhoria da satisfação e motivação dos trabalhadores, promovendo e garantindo um ambiente de trabalho mais seguro e saudável.

3.2.1. – LEIS DE EMBASAMENTO DO SST

A legislação que fundamenta a existência da SST vem desde o final dos anos 70 e define:

LEI Nº 6.514, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1977. SESSÃO I

Art . 155- Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho: I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200;II - coordenar, orientar, controlar e supervisionar a fiscalização e as demais atividades relacionadas com a segurança e a medicina do trabalho em todo o território nacional, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho; III - conhecer, em última instância, dos recursos, voluntários ou de ofício, das decisões proferidas pelos Delegados Regionais do Trabalho, em matéria de segurança e medicina do trabalho.

Art . 157 - Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

BRASIL (1977)

3.3. SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO E E-SOCIAL

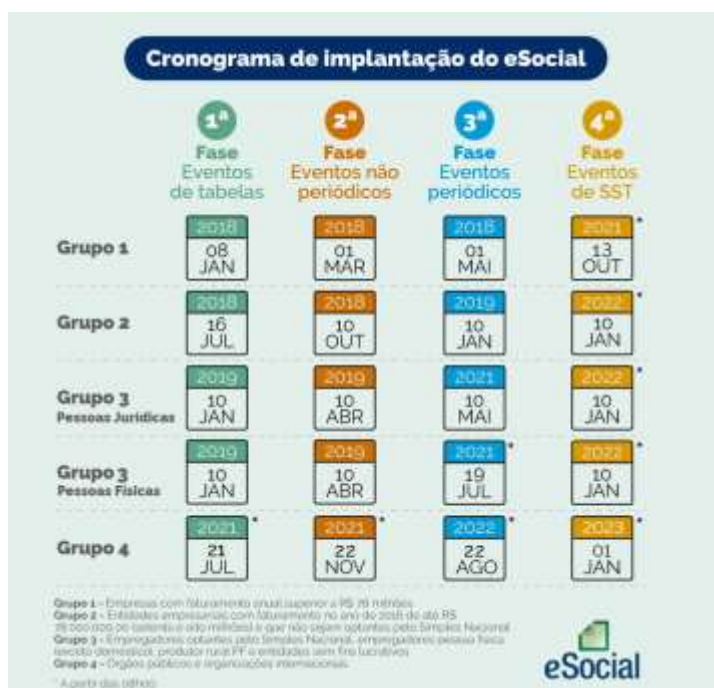
O e-Social para SST (Saúde e Segurança do Trabalho) é realmente a parte do e-Social que as pessoas deveriam dar a maior atenção, isso pelo fato de que todas as demais propostas do e-Social são de adaptação de rotinas que já vinham sendo praticadas.

Portanto o envio feito ao escritório de contabilidade através dos laudos trabalhista ou previdenciários fornecidos através do XML dos eventos S-2220 e S-2240 que podem ser transmitidos por meio de um gerador para o governo federal. Sendo assim, a implantação poderá promover políticas nas empresas, tendo seu planejamento e benefícios adequados como: aumento de produção tendo como consequência a redução de custo, cumprindo suas normas e determinação das leis (GARCIA, 2016).

De acordo Brasil (2022) o cronograma de implantação feito pelo governo existe 4 fases para que o sistema funcione de forma adequada, sendo elas 1ª envio das informações constantes dos eventos das tabelas; 2ª envio das informações eventos não periódicos

(exceto os eventos de SST); 3ª envio das informações constantes dos eventos periódicos; 4ª envio das informações constantes dos eventos S-2210, S-2220 e S-2240 do SST, onde são subdividido em 4 grupos sendo Grupo 1 - Empresas com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões; Grupo 2 - entidades empresariais com faturamento no ano de 2016 de até R\$ 78 milhões e que não sejam optantes pelo Simples Nacional; Grupo 3 - empregadores optantes pelo Simples Nacional e entidades sem fins lucrativos; Empregadores pessoa física (exceto doméstico), produtor rural PF; Grupo 4 - órgãos públicos e organizações internacionais, conforme pode ser observado na figura 1.

Figura 1 – Cronograma de Implantação do e-Social/SST



Fonte: Brasil, 2022.

Brasil (2020) Os Auditores-Fiscais do Trabalho são membros da Coordenação Geral de Segurança e Saúde no Trabalho – CGSST. Eles planejam, supervisionam, orientam, coordenam e controlam a execução das atividades de inspeção do trabalho na área de segurança e saúde. Também apoiam a formulação e proposta de diretrizes e regras de atuação.

Brasil (2022) diz que microempreendedor individual (MEI) que possuem empregados, estão dispensados do Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR), conforme está escrito no item 1.8.1 da Norma Regulamentadora nº 01 (NR-01). Entretanto, se haver perigos identificados perante suas atividades ou poderão apresentar riscos

ocupacionais, devem ser avaliados e controlados adequadamente, conforme as demais diretrizes previstas nas Normas Regulamentadoras.

3.3.1. – EVENTO DO SST

Em casos de acidentes que impactam de formas direta e indireta nas atividades laboratoriais podendo ocorrer dentro e fora do trabalho, desenvolvendo nos seus colaboradores doenças respiratórias, perda de visão total ou parcial e estresse ocupacionais ou doenças psicossociais. De acordo com Galdino; Santana e Ferrite (2012), no Brasil, agravos relacionados ao trabalho representam aproximadamente 25% das lesões por causas externas atendidas em serviços de emergência e mais de 70% dos benefícios acidentários da Previdência Social.

Entretanto com a falta de envios pode trazer penalidades como prejuízos e autuações com valor altos, prejudicando a empresa e o funcionário podendo gerar multas específicas como: falta de exames obrigatórios, não informando a insalubridade do funcionário e afastamentos temporários.

3.3.2CÓDIGOS DE EVENTOS XML

Empresas e profissionais da área de Saúde e Segurança do Trabalho podem utilizar tanto sistemas de gestão próprios quanto o ambiente web, conforme sua conveniência. Para isso, devem estar habilitados com o perfil e-Social – Grupo SST da procuração eletrônica emitida pelo e-CAC, da Receita Federal (BRASIL, 2022).

A seguir são apresentados os eventos, de acordo com o Manual de Orientação do e-Social referente a Saúde e Segurança do Trabalho, que precisam ser analisados e identificados para que seja qualificado o que cada um dos eventos vem sendo apresentado conforme suas diretrizes, realizando um mapeamento dos processos que geram as informações para estes eventos.

S-2210 – Comunicação de Acidente de Trabalho; **S-2220** – Monitoramento da Saúde do Trabalhador **S-2240** – Condições Ambientais do Trabalho – Fatores de Riscos Assim sendo, que este evento conseguiu utilizar as condições ambientais de trabalho, indicando a prestação de serviços nos ambientes descritos no evento (Sekula;Michaloski, 2018).

3.3.3PRINCIPAIS PENALIDADES

Brasil, (1999) diz em seu DECRETO No 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999.Capítulo II,Sessão VI, subseção IV:

§ 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes existentes no ambiente de trabalho prejudiciais à saúde de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o referido laudo incorrerá na infração a que se refere a alínea “n” do inciso II do **caput** do art. 283.

§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico previdenciário, ou o documento eletrônico que venha a substituí-lo, no qual deverão ser contempladas as atividades desenvolvidas durante o período laboral, garantido ao trabalhador o acesso às informações nele contidas, sob pena de sujeição às sanções previstas na alínea “h” do inciso I do **caput** do art. 283.

A Segurança e Saúde do Trabalho referem-se normas e procedimentos legalmente exigidos aos colaboradores e empresas para reduzir acidentes ou doenças ocupacionais. Em relação em todas as empresas deveria contratar técnicos de segurança do trabalho para implantar métodos seguros citando riscos de penalização de multas variáveis.

Os valores sofrem atualizações anualmente, sendo de que no ano 2022 os valores são de R\$ 2.926,52 a R\$ 292.650,52, e para a falta do envio do CAT esses valores em 2022 é de R\$ 1.212,00 a R\$ 7.087,22 pelas informações inadequadas. Entretanto também com a falta do descumprimento das normas relacionadas a medicina e a segurança do trabalhador podem sofrer multas por falta de informação sendo: multas de segurança entre o valor de R\$ 670,30 a R\$ 6.708,09 e multas de medicina do trabalho entre o valor de R\$ 402,33 a R\$ 4.024,43.

4.METODOLOGIA

De acordo com Cervo e Bervian (1978) a pesquisa é definida como uma atividade relacionada a busca das soluções de problemas. Tendo como um objetivo consistindo em descobrir respostas para perguntas. Nesta pesquisa foi utilizada a técnica de revisão bibliográfica.

Carvalho; Sasseron (2011) afirmam que a revisão bibliográfica é uma forma de compreender o que seria a alfabetização científica, realizando revisões de conceitos nas literaturas das áreas didáticas para cada ciência proposta, e procurando suprir e distinguir algumas das preocupações consideradas importante de quem busca esse conhecimento, e tendo objetivo para a formação de cidadãos críticos para a atuação na sociedade.

No período de fevereiro a novembro de 2022, foram realizadas pesquisas bibliográficas sobre os envios dos eventos sobre SST para e-Social com dados do site Governo Federal aplicando as seguintes terminologias para busca das legislações onde utilizaremos o método que tomaram por base um estudo na revisão bibliográfica.

5. RESULTADOS

De acordo com os dados oficiais do portal do governo, apenas no início do ano de 2022, 195.255 mil empresários fizeram adesão ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. (PORTAL GOV.BR, 2022)

Ainda de acordo com os dados oficiais do portal do governo, até o início de dezembro do ano corrente, aproximadamente 55.000 empresários solicitaram no decorrer do ano a inclusão ao regime do Simples Nacional.

Desta forma, exceto as empresas do lucro real que iniciaram em 2021, as Microempresas e Empresas de Pequeno porte iniciaram a partir de janeiro de 2022, o período de obrigatoriedade do envio das informações referentes ao e-Social, aproximadamente 20.000.000 de empresas enquadradas no regime do Simples Nacional mais as empresas enquadradas no regime do Lucro Presumido e organizações com imunidade tributária passaram a integrar o rol de prestadores compulsório das informações.

Assim sendo, para estas empresas as informações acerca dos procedimentos realizados sobre SST e as rotinas de informação constantes do e-Social passam a ser determinantes para o cumprimento de suas obrigações legais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo mostrar que a Segurança e Saúde do Trabalho - SST presta envio de informações ao e-Social para dar proteção e amparo aos trabalhadores. É determinado pela CLT onde se estabelece as estruturas regulares das partes que colocar algo em vigor em ambiente que lhe protejam as integridades físicas e mentais dos trabalhadores.

Para se atingir uma compreensão da importância da integração do SST no e-Social dentro das empresas, definiu-se dois objetivos específicos. O primeiro seria levantar legislação referente à segurança do trabalhador. Verificou-se que existe o uso obrigatório do SST dentro das empresas, onde a incentivo por parte do governo pelo fato de que todas as demais propostas do e-Social são de adaptação de rotinas que já vinham sendo praticadas.

Depois, foi feita uma análise das penalidades da falta de envio ou envio incerto das informações para o e-Social. Esta análise permitiu concluir que empresas que não fazem o envio ou não mantêm o perfil profissiográfico previdenciário cadastrado e atualizado devidamente são penalizadas de forma rigorosa.

Com isso, a hipótese do trabalho de que tem uma importância significativa do SST dentro do e-Social e se confirmou, por pesquisas que a implantação poderá promover reformas nas empresas, trazendo consigo benefícios como o aumento de produção já que em contrapartida existe uma redução de custo, cumprindo suas normas e determinadas leis. Sendo assim conclui-se que o SST tem seu uso de grande impacto nas corporações por conta de seus benefícios já que tratam das pessoas que compõe o capital humano das empresas, que é o capital mais importante.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCURI, A. S. ABEL. **Governança, Nanotecnologia E A Necessidade De Capacitação Da Força De Trabalho.** Mundo Nano. Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología, Publicado em 27/09/2021. Disponível em: <http://www.mundonano.unam.mx/ojs/index.php/nano/article/view/69677/61905>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

BALERA, WAGNER; RAEFFRAY, A. P. ORIOLA. **Comentários à Reforma da Previdência: Emenda Constitucional 103 de 2019.** São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197086709/comentarios-a-reforma-da-previdencia-emenda-constitucional-103-de-2019>. Acesso em: 25 de Junho de 2022.

BRASIL, **DECRETO No 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999.** Publicado em 06 de maio de 1999 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 21 de junho de 2022.

BRASIL, **Segurança e Saúde no Trabalho.** Publicado em 05 de maio de 2022 Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/servicos-para-mei/saude-e-seguranca-do-trabalho-2013-sst>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

BRASIL, **Segurança e Saúde no Trabalho.** Publicado em 14 de outubro de 2020 Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/inspecao/areas-de-atuacao/seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 21 de março de 2022.

BRASIL. **Começa hoje a obrigatoriedade dos eventos de Saúde e Segurança no Trabalho (SST) para as empresas do Grupo 1.** Publicado em 13 de outubro de 2021

Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/noticias/comeca-hoje-a-obrigatoriedade-dos-eventos-de-saude-e-seguranca-no-trabalho-sst-para-as-empresas-do-grupo-1>. Acesso em: 05 de julho de 2022.

BRASIL. **Cronograma De Implantação**. Publicado em: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/aceso-ao-sistema/cronograma-de-implantacao>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. **Cronograma De Implantação**. Publicado em: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/aceso-ao-sistema/cronograma-de-implantacao>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

BRASIL. **eSocial**. Publicado em: 08 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/esocial>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.514, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1977**. Publicado em 22 de dezembro de 1977 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm. Acesso em: 21 de junho de 2022.

BRASIL. **MANUAL DE ORIENTAÇÃO DO ESOCIAL**. Publicado em 06 de outubro de 2022 Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/mos-s-1-1.pdf> Acesso em: 10 de novembro de 2022.

CARVALHO, A. M. PESSOA; SASSERON, L. HELENA, **Alfabetização Científica: Uma Revisão Bibliográfica**, Publicado em Publicado em: 21 de julho de 2016. Disponível em: <http://143.54.40.221/index.php/ienci/article/view/246>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

CASA CIVIL, Mais de 195 mil empresários já pediram adesão ao Simples Nacional 2022; 11/01/2022; Disponível em: < <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/mais-de-195-mil-empresarios-ja-pediram-adesao-ao-simples-nacional-2022> > Data de acesso 05 dez 2022.

CERVO, A. LUIZ; BERVIAN, P. ALCINO. **Metodologia Científica: Para Uso Dos Estudantes Universitários**, 3ª edição. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983. Acesso em: 15 de março de 2022.

COSTELLA, M. FABIANO; SAURIN, T. ABREU; GUIMARÃES, L. B. DE MACEDO. **Avaliação De Sistemas De Gestão De Sst: Um Método Sob A Perspectiva Da Engenharia De Resiliência**, Publicado em 13 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.producao.ufrgs.br/arquivos/publicacoes/204_Avalia%C3%A7%C3%A3o%20de%20Sistema%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20SST.pdf. Acesso em: 15 de março de 2022.

CUSTÓDIO, K. SILVEIRA. **E-social: problemas e dificuldades enfrentados pelos escritórios de contabilidade.** UNESC. Publicado em julho de 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/5420>. Acesso em: 01 de julho de 2022.

EDUCA MAIS BRASIL. **Eventos SST No eSocial: Entenda O Que São E Quais São Os Prazos.** Publicado em 01 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/cursos-e-faculdades/ciencias-contabeis/noticias/eventos-sst-no-esocial-entenda-o-que-sao-e-quais-sao-os-prazos>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

GARCIA, J. R. BESSA. **Interfaces Dos Documentos Da Saúde E Segurança Do Trabalho Com O eSocial.** 2016. 34. Engenharia da Segurança do Trabalho – UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS, São Leopoldo, 2016.

MAIA, J ALBERTO, **Saúde e Segurança do Trabalho no eSocial**, Publicado em: 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.prosegpa.com.br/l/saude-e-seguranca-do-trabalho-no-esocial/>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

MAZZA, M. CORBETTA, **Econet Editora Empresarial**, Publicado em 15 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.econeteditora.com.br/index.asp?url=inicial.php>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Mais de 1,3 milhão de empresas são criadas no país em quatro meses.** Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/julho/mais-de-1-3-milhao-de-empresas-sao-criadas-no-pais-em-quatro-meses>> Data de acesso 05 dez 2022.

RIBEIRO, M. VINICIUS. **MEI: É Obrigatório Enviar Os Eventos SST No Esocial?** Publicado em 01 de março de 2022. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/mei-e-obrigatorio-enviar-os-eventos-sst-no-esocial/> Acesso em: 15 de julho de 2022.

RODRIGUES, A. LUZIA. **O Que É SST, Sua Importância E Qual Relação Com O eSocial?** Publicado em 06 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/o-que-e-sst-sua-importancia-e-qual-relacao-com-o-esocial/>. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

RODRIGUES, R. M. A. PEIXOTO. **Sistema De Gestão Da Segurança E Saúde No Trabalho Da Secretaria – Geral Do Ministério Das Finanças** Publicado em 05 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.sgmf.gov.pt/media/1508/sgsst-sgmf-1.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2022.

SANTA MARIA - UFSM, Sapucaia do Sul, 2022.

SEKULA, EVELYN; MICHALOSK, A. ORLEI, **Os Eventos De Saúde E Segurança Do Trabalho Relacionados Ao E-Social**, Revista Espacios, Publicado em 15/04/2018. Disponível em: <https://www.revistaespacios.com/a18v39n32/a18v39n32p18.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2022.

SIMPLES NACIONAL. Estatísticas do Simples Nacional. Disponível em: < <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Aplicacoes/ATBHE/estatisticasSinac.app/EstatisticasOptantesPorDataMunicipio.aspx?tipoConsulta=1&anoConsulta=> > Data de acesso 05 dez 2022.

VIER, M. BLUME. **A implementação do e-social na administração pública**. Manancial. Publicado em 27 de agosto de 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/26791>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

VIER, M. BLUME. **A IMPLEMENTAÇÃO DO E-SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. 2022. 23. Especialização de Gestão Pública Municipal – UNIVERSIDADE FEDERAL DE

CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Nº 14.133/2021

IGNACIO TITO TORRES SANTOS: Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Dois de Julho. Pós-Graduado em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Faculdade São Bento da Bahia. Pós-Graduado em Gestão de Materiais e Logística pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Pós-Graduado em Direito Público Municipal pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Salvador/Bahia. Atua na área de Licitações e Contratos Administrativos.

Resumo: A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021 fomentou inúmeros debates em face das inovações inerentes às contratações públicas. Assim, observou-se a necessidade de um estudo com orientações aos gestores públicos para que os mesmos tomem decisões céleres em momentos de crise quanto ao procedimento de contratação direta por dispensa nos casos de emergência ou de calamidade pública, destinados à aquisição dos bens necessários que evitem o comprometimento da continuidade dos serviços públicos e/ou que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Dito isto, torna-se essencial a construção deste artigo para direcionar a Administração Pública, consistindo em um balizador na produção científica, consolidando novos entendimentos a serem adotados pela doutrina, Tribunais de Contas e demais Municípios, promovendo a instrução processual e a sua aplicabilidade aliada às principais mudanças propostas pela nova Lei.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021. Contratação Direta. Dispensa de Licitação. Emergência ou Calamidade Pública.

Abstract: The New Law on Bidding and Administrative Contracts nº. 14,133/2021 has fostered numerous debates in the face of innovations inherent to public procurement. Thus, there was a need for a study with guidelines for public managers so that they can make quick decisions in times of crisis regarding the procedure of direct hiring by waiver in cases of emergency or public calamity, intended for the acquisition of assets necessary that avoid compromising the continuity of public services and/or that may cause damage or compromise the safety of people, works, services, equipment and other assets, public or private. That said, it is essential to build this article to direct the Public Administration,

consisting of a beacon in scientific production, consolidating new understandings to be adopted by the doctrine, Courts of Auditors and other Municipalities, promoting procedural instruction and its applicability allied to the main changes proposed by the new Law.

Keywords: Administrative Law. New Bidding Law nº. 14,133/2021. Direct Hiring. Exemption from Bidding. Emergency or Public Calamity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LICITAÇÃO X CONTRATAÇÃO DIRETA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2.1 Dispensa x Inexigibilidade. 2.2 Licitação dispensada e Licitação dispensável. 3. CASOS DE EMERGÊNCIA OU DE CALAMIDADE PÚBLICA: CABIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. 4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONTRATAÇÃO DIRETA: INSTRUÇÃO DO PROCESSO. 4.1 Documento de formalização de demanda - Estudo técnico preliminar - Análise de riscos - Termo de referência - Projeto básico/executivo. 4.2 Pesquisa de mercado na Contratação Direta. 5. DA EMERGÊNCIA FABRICADA. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo examinamos as inovações advindas com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021 para a contratação direta por dispensa decorrente de emergência ou de calamidade pública, destinados à aquisição dos bens necessários que evitem o comprometimento da continuidade dos serviços públicos e/ou que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A emergência ou a calamidade pública configuram circunstâncias excepcionais e exigem que os gestores públicos tomem decisões céleres quanto a contratação direta por dispensa, assim como o atendimento dos requisitos mínimos legais quanto a instrução processual deste procedimento. Este tema é tormentoso porque embora sejam circunstâncias excepcionais, não afastam a aplicabilidade dos princípios que norteiam a Administração Pública, bem como a observância da legislação que regem os contratos administrativos.

Portanto, se torna indispensável conhecer o prazo máximo de contratação, vedações quanto às prorrogações dos contratos e a recontração de empresa já contratada com base nesta hipótese. Vale ressaltar que na interpretação das normas sobre gestão pública, serão considerados ainda as reais dificuldades do gestor e as exigências das políticas públicas como exposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Para tanto, procederemos uma análise da instrução processual quanto a sua aplicabilidade à luz das Leis n.º 8.666/93 e n.º 14133/2021, contendo em destaque as

principais inovações que atingem este tipo de processo administrativo, destacando o comparativo entre os regimes jurídicos acima citados, legislações, doutrina e principais acórdãos dos Tribunais de Contas, o que possibilitará uma abordagem do estudo aplicável ao caso concreto.

Este estudo, destacará as principais mudanças do procedimento de contratação direta para o atendimento de emergências e/ou calamidades públicas advindas da Lei n.º 14.133/2021, assim como contribuirá com uma análise dos pontos positivos e negativos acerca do artigo de Lei formulado pelo legislador, bem como as orientações para a instrução destes processos.

2. LICITAÇÃO X CONTRATAÇÃO DIRETA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, em seu art. 37, XXI, prevê que a Administração Pública Direta e Indireta em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação.

Para tanto, embora a licitação seja a regra instituída em Lei para contratações públicas, o mesmo dispositivo, elencado no art. 37, XXI, da CRFB/286, ressalva casos especificados na legislação, em que não serão realizados o procedimento licitatório.

Neste prisma, a Lei n.º 8.666/93, passa a regulamentar o art. 37, XXI, da CRFB, instituindo as normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, referente às obras, serviços, compras, alienações e locações.

Outrossim, em face a necessidade de evolução e mudanças pertinentes, o legislador trouxe ao ordenamento jurídico a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos n.º 14.133/21 que entrou em vigor em 01/04/2021, coexistindo concomitantemente com a Lei n.º 8.666/93 até 01/04/2023²⁸⁷ para as novas contratações e mantendo seus efeitos jurídicos para os atos originados a partir da última Lei citada.

Inicialmente torna-se necessário compreendermos em que consiste o procedimento licitatório e a contratação direta, para a partir deste norte, compreendermos as principais

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

287 Vale registrar ainda, o preceito do art. 193, da Lei n.º 14.133/21, após decorridos 2 (dois) anos contados da sua publicação, vai revogar as Leis n.º 8.666/93, Lei n.º 10.520/2002, assim como os arts. 1º ao 47-A da Lei n.º 12.462/11.

mudanças propostas pela nova Lei para posterior entendimento das dispensas por emergência e calamidade, foco desta pesquisa.

O procedimento licitatório, consiste como regra, em um processo administrativo prévio para a aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública, com a finalidade da celebração do contrato. Como exceção a esta regra temos a contratação direta, que consiste em contratar sem a realização do procedimento licitatório, quando este se revela inconveniente ou inoportuno ao interesse público, sendo neste caso realizada a contratação através do procedimento de inexigibilidade e da dispensa de licitação.

A licitação torna-se inconveniente nas hipóteses de inviabilidade de competição entre fornecedores. Esse comando legal trata-se da inexigibilidade de licitação, cujas hipóteses são previstas no art. 25 da Lei n.º 8.666/93 e art. 74 da Lei n.º 14.133/21. Enquanto que as hipóteses qualificadas como inoportunas ao atendimento do interesse público caracterizam a dispensa de licitação, listadas no art. 24 da Lei n.º 8.666/93 e art. 75 a 77 da Lei n.º 14.133/21.

Neste contexto, abordaremos a seguir as distinções entre dispensa e inexigibilidade, assim como as subdivisões da dispensa denominadas como dispensável e dispensada.

2.1 Dispensa x Inexigibilidade

Como exposto, a Carta Magna, no art. 37, XXI, em regra geral, prevê que a Administração Pública, em momento prévio à celebração do contrato, deve promover o procedimento licitatório.

No entanto, o texto constitucional ao tratar da regra também atribui competência ao legislador para a regulamentação de sua exceção, isto é, os regimes jurídicos que tratam sobre a licitação elencam hipóteses onde esta se revela inapropriada frente a fatos excepcionais, o que os torna inviáveis²⁸⁸ ou juridicamente impossíveis²⁸⁹ de serem licitados.

Considerando que iremos nos debruçar sobre as contratações diretas para o atendimento das situações de emergências e calamidades públicas²⁹⁰, devemos entender

²⁸⁸ Os casos de dispensa de licitação versam sobre hipóteses onde a licitação pode ou não ocorrer (facultativa), art. 24 da Lei n.º 8.666/93 e art. 75 da Lei n.º 14.133/21 e situações em que são dispensadas, estando condicionadas ao atendimento do interesse público, conforme art. 17 da Lei n.º 8.666/93 e art. 76 da Lei n.º 14.133/21.

²⁸⁹ As hipóteses de inexigibilidade de licitação se revelam como juridicamente impossível de serem licitados, eis que listam fatos onde não há competição entre fornecedores. Vide art. 25 da Lei n.º 8.666/93 e art. 74 da Lei n.º 14.133/21.

²⁹⁰ Art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93 e art. 75, VIII, da Lei n.º 14.133/21.

o que a doutrina classifica como licitação dispensada e dispensável, o que trataremos a seguir.

2.2 Licitação dispensada e Licitação dispensável

A licitação dispensada, significa que a Administração Pública, não pode realizar a licitação, ou seja, a mesma é impedida de licitar, nesta qualidade, ela possui ausência de discricionariedade da administração, estando devidamente vinculada à decisão legal, conforme rol taxativo do art. 17 da Lei nº 8.666/93 e no art. 76 da Lei 14.133/21.291

A licitação dispensável, consiste em uma faculdade, ato discricionário da Administração Pública, ou seja, o poder de optar pela realização da licitação, também possui um rol taxativo, mas aliado à discricionariedade do administrador, com a avaliação da dispensa e da oportunidade, sendo admitida ainda a realização da licitação, como previsto no art. 24, da Lei nº 8.666/93 e no art. 75 da Lei nº 14.133/21.292

Dito isto, tecendo as considerações iniciais, a contratação direta por dispensa emergencial ou calamidade pública, hipótese prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 75, VIII, da Lei nº 14.133/21, serão analisadas a seguir.

3. CASOS DE EMERGÊNCIA OU DE CALAMIDADE PÚBLICA: CABIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

A dispensa de licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública, como já exposto, encontra-se prevista no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93 e no art. 75, VIII, da Lei 14.133/21, em que permite a utilização quando for caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A Nova Lei traz como inovação ao ordenamento jurídico a utilização da dispensa quando caracterizada a urgência em atendimento de uma situação que possa comprometer a continuidade dos serviços públicos. Embora demonstre um caráter inovador, trata-se de prática já consolidada, mas agora incorporada na Lei. Assim, reforça a importância de somente o necessário ao atendimento da situação emergencial²⁹³ ou de

²⁹¹ Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Curso de Direito Administrativo, Método, 2018.

²⁹² Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Curso de Direito Administrativo, Método, 2018.

²⁹³ O Decreto nº 10.593/2020, art. 2º, VIII e XIV, conceitua tanto o estado de emergência como o estado de calamidade pública como situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação.

calamidade pública²⁹⁴.

Nas contratações diretas a emergência corresponde (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.040) com a necessidade de atendimento imediato, cujo decurso de tempo poderia vir a produzir riscos iminentes dos valores a serem tutelados, a através desta modalidade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela do Estado.

Tal dispensa de licitação destina-se somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso.

Em verdade o procedimento de contratação direta por dispensa nos casos de emergência ou de calamidade pública busca o atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos. Ao analisarmos esta exigência constata-se que o legislador homenageia claramente o princípio da continuidade²⁹⁵ e a sua prestação de serviços contínuos e ininterruptos pela Administração Pública²⁹⁶.

Analisando o prazo para a contratação emergencial em ambos os regimes jurídicos, temos no art. 24, IV da Lei n.º 8.666/93 o prazo de 180 (cento e oitenta) dias e no art. 75, VIII, da Lei n.º 14.133/21, o prazo é de até 01 (um) ano²⁹⁷. Temos aqui a primeira modificação que se observa na nova Lei, isto é, há a ampliação do prazo para o contrato,

²⁹⁴ Para Jacoby Fernandes a calamidade remete-se ao aspecto da imprevisibilidade, mas admite-se que, se previsível e inevitável, seja justificada a contratação direta. De fato, seria inaceitável que um fato previsível e evitável viesse a ser posteriormente utilizado como justificativa para a declaração de calamidade pública de modo repetitivo ou comum, sem que fosse apurada a responsabilidade pela falta de planejamento. Sendo este o caso, deve ser realizada a contratação direta e posteriormente apurada a responsabilidade. FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021*, Fórum, 2021, p. 263.

²⁹⁵ O princípio da continuidade possui o diploma legal no art. 6, §1 da Lei nº 8.987/95, em que "o serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

²⁹⁶ Entende-se que os serviços essenciais à população não devem parar garantindo a sua prestação contínua. No entanto, de modo a garantir a prestação dos serviços em situação emergencial ou calamitosa com as constantes chuvas, tornou-se necessário a aplicação deste dispositivo para realizar o procedimento de contratação direta.

²⁹⁷ A contratação direta por dispensa nos casos de emergência ou calamidade pública possui o prazo máximo de 01(um) ano, conforme previsto no art. 75, VIII, da Lei nº 14.133/21, enquanto que na Lei nº 8.666/93 prevê no art. 24, IV, o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, sendo que em ambos os diplomas legais devem ser contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Tendo em vista que ambos os regimes jurídicos surtirão efeito ao longo dos anos, vale ressaltar que os contratos firmados à luz da Lei nº 8.666/93, continuarão regidos por esta, ainda que após a revogação que ocorrerá em 01 abril de 2023, conforme previsto no art. 193, II da Lei nº 14.133/21.

que a depender da gravidade do caso concreto, poderá ser de grande valia ao gestor público.

Em que pese ao prazo máximo, ambos os regimes, tanto o instituído pela Lei nº 8.666/93 quanto o da Lei nº 14.133/21, previu que devem ser contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Neste norte, o legislador além de estabelecer o prazo máximo da contratação, ainda teve o cuidado em vedar a prorrogação do respectivo contrato, conforme o art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 e art. 75, VIII, da Lei 14.133/21. Logo, a impossibilidade de prorrogação contratual também trazida pela Nova Lei se reforça ainda com a vedação quanto a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso.

O legislador traz uma cautela necessária com a Nova Lei ao tratar da vedação quanto a recontração de empresa já contratada com base neste inciso. Ora, a menos que a empresa seja a única a fornecer no mercado, entretanto, caso fosse, não seria uma hipótese de dispensa, mas de inexigibilidade. Assim, de forma acertada, age bem o legislador ao impedir a recontração da empresa já contratada anteriormente utilizando-se do mesmo dispositivo.

A Corte de Contas, em caráter excepcional admite a possibilidade da prorrogação contratual²⁹⁸ emergencial acima do prazo máximo, em hipóteses restritas, decorrentes de fato superveniente, e desde que a duração do contrato se estenda por lapso de tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergencial. Em mesmo entendimento, buscando ao atendimento do interesse público pela não interrupção do serviço de fornecimento de medicamentos à população, também foi admitida a prorrogação em caráter excepcional mediante a dispensa no caso de emergência.

Em verdade, quanto a ampliação do prazo, embora para alguns tenham considerado como um aspecto positivo, parece-me que o legislador apenas aplicou um procedimento que já é adotado na prática quando os contratos emergenciais são objetos de prorrogação, inclusive já se admitem a sua possibilidade, em caráter excepcional, resultantes de fato superveniente e que a sua duração do contrato se estenda por lapso de tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergencial, conforme disposto no Acórdão nº 1801/2014 do TCU.

A Lei nº 14.133/21 trouxe claramente a vedação quanto a prorrogação dos Contratos Emergenciais, o que é válido, em entendimento já consolidado dos Tribunais de

²⁹⁸ TCU Acórdão nº 1801/2014 – Plenário. TCU Acórdão nº 3262/2012 – Plenário.

Contas que tem como intuito coibir possíveis abusos de situações fictas que buscam promover prorrogações desnecessárias com o afastamento do procedimento de licitação.

O instituto da prorrogação²⁹⁹ nas contratações emergenciais nos parece ainda não estar afastado da Nova Lei de Licitações, pois acredita-se que os Tribunais de Contas seguirão a mesma linha de entendimento já esboçado em manifestações anteriores.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas sustenta ainda que o contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva³⁰⁰ que estabeleça a extinção do contrato administrativo logo após a conclusão do processo licitatório. Nesta linha, a Corte de Contas tem como finalidade afastar os contratos emergenciais por tempo indeterminado, o estímulo do planejamento e a devida promoção do regular procedimento de licitação.

Não obstante, o referido artigo traz ainda no §6, art. 75, VIII, que deverão ser observados os valores praticados pelo mercado, na forma do art. 23 desta Lei, sendo adotadas todas as providências necessárias para a conclusão da contratação direta, sob pena ao gestor público de ser responsabilizado administrativa, cível e criminalmente, pelos prejuízos causados ao erário.

Insta ressaltar que embora a legislação não tenha tratado de forma adequada sobre o tema, as contratações por determinação judicial são caracterizadas como de emergência devendo ser realizadas através da contratação direta por dispensa. A omissão da Administração Pública pode vir a colocar em risco os direitos protegidos constitucionalmente, como o direito à vida e à saúde, a exemplo temos os casos de pacientes em estágios terminais. Neste sentido, a realização do procedimento licitatório torna-se inviável, tendo em vista que o prazo para a sua conclusão além de impedir o cumprimento da decisão judicial resultaria em prejuízos irreversíveis.

Sendo assim, cumpre-nos destacar os principais elementos relativos aos valores de mercado e os documentos necessários para a composição do processo de contratação direta, o que faremos a partir do próximo item.

299 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB prevê em seu art. 22 que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 26 de set. 2022.

300 O Acórdão TCU nº 3474/2018-Segunda Câmara, reforça que o contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva que estabeleça a sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório. BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão nº 3.474/2018. Segunda Câmara. Relator: André de Carvalho. Brasília/DF. Processo 008.507/2018-0. Sessão, 08/05/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A3474%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONTRATAÇÃO DIRETA: INSTRUÇÃO DO PROCESSO

O processo de contratação direta, qual seja, casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, possui o rol de documentos que devem compor a instrução processual, consoante art. 26 da Lei n.º 8.666/93 e do art. 72 da Lei nº 14.133/21.

Analisando ambas as Leis, temos que a nova Lei de licitações passou a exigir mais documentos para a dispensa de licitação, inovando mais uma vez. Por conseguinte, analisar este rol documental frente ao cenário fático se mostra relevante.

Nos termos do art. 72 da Lei n.º 14.133/2021, o rol de documentos exigíveis são: i. documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; ii. estimativa de despesa, na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; iii. parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; iv. demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários; v. comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima; vi. razão da escolha do contratado; vii. justificativa de preço; viii. autorização da autoridade competente.

Salientamos ainda que o processo administrativo que autoriza a contratação direta, bem como extrato de publicação oficial, deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Passamos a analisar alguns dos documentos que integram a instrução do respectivo processo nos próximos itens.

4.1 Documento de formalização de demanda - Estudo técnico preliminar - Análise de riscos - Termo de referência - Projeto básico/executivo

A instrução processual deve ser iniciada por um documento de formalização da demanda, ou seja, pela apresentação dos fatos reais que caracterizam a situação emergencial ou de calamidade, com a respectiva motivação e justificativa que autoriza a contratação direta, especialmente por provas substanciais dos fatos ocorridos, os riscos e/ou prejuízos advindos que devem ser reparados ou evitados de forma imediata, o qual deverá ser avaliado pela área técnica que se manifestará quanto a pertinência e oportunidade do estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo.

O Estudo Técnico Preliminar – ETP301, não se confunde com o Termo de Referência, mas de documento base que subsidiará a sua elaboração. Assim, à luz do disposto no art. 6º, XX da Lei nº 14.133/21, trata-se da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados, segundo a natureza do objeto, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

O ETP302 consiste em uma das principais inovações da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e em uma das principais etapas da fase preparatória interna do planejamento da contratação. Sendo assim, trata-se de documento que evidencia o problema a ser resolvido, sua melhor solução e possíveis alternativas que atendam ao interesse público segundo o plano de contratações anual, o que permite a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação. O art. 18, §1, da Lei nº 14.133/21 traz os elementos necessários à composição do ETP.

A Lei não elenca os elementos necessários no ETP303 para o procedimento licitatório ou para a contratação direta, mas exige no §2º do art. 18 que deve conter ao menos o previsto nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII, qual seja, descrição da necessidade da contratação, estimativas das quantidades para a contratação, estimativa do valor da contratação, justificativas para o parcelamento ou não da contratação e o posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina, o que contribuirá de modo decisivo para a análise de riscos.

A equipe técnica deverá também se debruçar sobre os riscos decorrentes da contratação emergencial, como ausência de planejamento, falta de dimensionamento, valores arbitrários nas estimativas. Para tanto, deverá valer-se da análise de riscos que pressupõe na identificação dos principais riscos que podem comprometer o planejamento da contratação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos que costumam se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente³⁰⁴.

301 A Instrução Normativa – IN SEGES nº 58/22 passa a dispor sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e sobre o Sistema ETP digital.

302 O ETP deve também trazer as contratações correlatas e/ou interdependentes e os possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras de riscos, a exemplo quanto ao consumo de energia, água, assim como a aplicação de logística reversa, no que couber.

303 O Governo Federal, através do Ministério da Economia, trouxe ainda como proposta em seu Portal de Compras do Governo Federal, o modelo de Estudos Técnicos Preliminares, através do ETP DIGITAL (<https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas/conheca-o-compras/estudos-tecnicos-preliminares->), permitindo que as Instituições Públicas editem e preencham os documentos que embasem a análise técnica prévia, proporcionando mais transparência, mitigando fraudes e as corrupções.

304 Para Joel de Menezes Niebuhr, uma análise de riscos minimamente séria demanda muito tempo e a mobilização de muitos recursos, especialmente de pessoal. Logo, a análise de riscos deveria ser exigida apenas para as licitações mais

Em seguida, estará o processo em condições de ter a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico/Executivo, de acordo com o objeto almejado. Este documento deverá contemplar os requisitos da contratação, como por exemplo, o objeto, seu descritivo, quantidades, justificativas que motivam a despesa pública, forma de entrega/execução do objeto, prazos, controles, cronogramas de execução, fiscalização, dentre outros, inclusive as estimativas das quantidades com as suas respectivas memórias de cálculo dos preços de mercado.

A estimativa do valor da contratação é documento necessário que devem estar contemplados no processo administrativo, sendo fundamental o detalhamento dos preços unitários referenciais contendo as suas memórias de cálculos, podendo ainda a Administração preservar o seu sigilo, desde que justificado nos autos.

Vale ressaltar, que deve ser avaliado ainda pela Administração a análise de riscos quanto a referida contratação, no caso em tela, que vier a ser ocasionado por desastres naturais, deve ainda ser verificado todo um estudo técnico de possíveis deslizamentos e desabamentos de terrenos e/ou estruturas, antes de efetivar a contratação.

Seguindo, a etapa do Termo de Referência – TR, com previsão no art. 6, XXIII, trata-se de documentação necessária para a contratação de bens e serviços, que deve conter a definição do objeto, com a sua natureza, quantitativos, prazo do contrato e quanto à sua possibilidade de prorrogação.

Ademais, torna-se necessário ainda a fundamentação da contratação em referência aos ETP's, ou quando não possível a devida divulgação através de extratos que não contiverem informações sigilosas.

Assim, o TR deve conter ainda a descrição da solução contendo todo o ciclo de vida do objeto, bem como os requisitos da contratação.

Neste norte, contempla o modelo de execução do objeto com a definição de como serão produzidos os resultados a serem pretendidos desde o seu início até o final. Neste mesmo entendimento, traz ainda o modelo de gestão do contrato, com a execução do objeto e acompanhamento e fiscalização do contrato.

vulneráveis e estratégicas, não para todas as licitações, o que representa entrave burocrático muito pesado. O gerenciamento de riscos é inspirado nos arts. 25 e 26 da Instrução Normativa nº 05/17. O art. 72, I dá a entender que estudo técnico preliminar e análise de riscos podem ser dispensados em casos de contratação direta, em que a Administração Pública goza de competência discricionária para decidir produzi-los ou não. Isso faz sentido, porque não seria proporcional exigir estudo técnico preliminar e análise de riscos para contratações de pequeno valor, como acontece, a exemplo, dos casos das dispensas do art. 75, I e II. NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Zênite, 2021. p. 73 e 93.

Em mesmo dispositivo, o TR deve conter ainda critérios quanto a pagamento e a forma e critérios de seleção do fornecedor, bem como a estimativa do valor da contratação sendo acompanhado de sua adequação orçamentária.

Para tanto, quanto a obrigatoriedade do uso em processos de contratação direta por dispensa emergencial, alguns autores já manifestaram sobre o tema, trazendo estudos relevantes quanto ao uso Termo de Referência, segundo Camarão (2022, p.15), “a elaboração do termo de referência ou projeto básico³⁰⁵ é obrigatória para toda a contratação, independentemente da forma de seleção do fornecedor se dar por licitação, por contratação direta ou por adesão à ata de registro de preços”.

Analisando criticamente o art. 72, I da Lei n.º 14.133/21, não nos parece que se trate de rol taxativo, mas de um rol exemplificativo, na medida em que cita “documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo”. Isso posto, nossa interpretação é no sentido de que estes documentos devem guardar relação com o caso concreto, especialmente com o tempo de elaboração e finalidade. Em verdade, o próprio art. 18, §2º da Lei n.º 14.133/21, possibilita ainda que seja apresentada devidas justificativas, quando não venha a ser contemplado todos os elementos do §1º do mesmo artigo.

Logo, estamos diante de um artigo exemplificativo³⁰⁶, exigindo do gestor a demonstração fática com robustez para afastar alguns atos e formalidades ali previstos, ou seja, o legislador considerou que há circunstâncias imprevisíveis, deixando sob os cuidados do gestor a incumbência de explicitar as exigências que foram afastadas de acordo com a urgência que a casuística exigir, como pode ocorrer nos casos de emergência ou calamidade pública, que requer um procedimento mais célere.

Neste sentido, entendemos que embora a legislação no tocante à contratação direta, na forma do art. 72 da Lei n.º 14.133/21, torne facultado tanto a elaboração do ETP quanto do TR, será o caso concreto que irá determinar a impossibilidade de elaboração destes, porém, na ausência deste o processo deverá estar instruído com as razões da melhor solução identificada dentre as possíveis variáveis, a escolha do fornecedor e a pesquisa de preços de mercado.

305 A Resolução n.º 361, de 10 de dezembro de 1991, do CONFEA que dispõe sobre o projeto básico possibilita que seja dispensada as características dispostas em seu documento nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e privados. BRASIL, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA. Resolução n.º 361, de 10 de dezembro de 1991. Disponível em: <<https://normativos.confea.org.br/Ementas/Visualizar?id=409>> Acesso em 24 de set. 2022.

306 Para Marçal Justen Filho (2021, p. 335), “o elenco do art. 18 é exemplificativo. Pode haver exigências necessárias em certos casos, que não estejam previstas no dispositivo.”

Entretanto, excepcionalmente nos casos de dispensa por emergência ou calamidade pública, entende-se como admissível a dispensa do ETP, desde que nos autos se apresente todo o detalhamento necessário do produto ou serviço, o que ocorrerá via Termo de Referência.

É cediço que o ETP e o TR307 são elementos essenciais no planejamento do procedimento de compras da Administração Pública e que sem eles poderá haver sérios prejuízos ao erário, inclusive quanto a aquisição indevida de itens que deveriam atender a real necessidade do órgão, quer seja por má especificação, quantitativo insuficiente ao necessário, justificativa rasa e sem fundamento, qualificação técnica excessiva com indícios de restrição à competitividade e gerando nulidade processual. Para tanto, entende-se possível, e em caráter excepcional, que há a possibilidade de simplificação da instrução processual, diante da emergência ou calamidade instalada.

Insta ressaltar, que a Lei ainda não é clara quanto a possibilidade de simplificação das etapas de estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico³⁰⁸ ou executivo³⁰⁹ no âmbito das contratações diretas, cabendo ao gestor e a sua equipe técnica a análise discricionária nos autos do processo administrativo no caso da sua aplicação ou da impossibilidade desta.

Dentre os elementos expostos, parece-me acertado uma prevalência majoritária quanto a obrigatoriedade do Termo de Referência³¹⁰, em sede de contratação direta por dispensa nos casos de emergência ou calamidade pública, por servir de verdadeiro norte para a contratação pública.

Para tanto, deve-se ter cautela caso a Administração opte pela não utilização destes instrumentos, quais sejam, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou executivo, por serem essenciais no planejamento para a contratação.

³⁰⁷ Na contratação pública precedida pelo procedimento licitatório em sua fase interna, torna-se obrigatório o estudo técnico preliminar e termo de referência, na forma do art. 18, I e II da Lei nº 14.133/21.

³⁰⁸ Projeto básico, conforme previsto no art. 6º, XXV, da Lei nº 14.133/21, trata-se do conjunto de elementos necessários e suficientes, adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

³⁰⁹ Projeto executivo, conforme previsto no art. 6º, XXVI, da Lei nº 14.133/21, trata-se do conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes.

³¹⁰ CAMARÃO, Tatiana. Ebook: Conteúdos selecionados sobre Contratação Direta com base em Emergência ou Estado de Calamidade Pública. In: _____. Termo de Referência: modelo Sugestivo para Contratação Emergencial, Sollicita, 2022, p. 15.

Vale destacar, que o não uso desses elementos, incorre em necessária justificativa nos autos.³¹¹

É notório a necessidade de planejamento prévio para se contratar, sendo inadmissível, que o órgão público compre sem se planejar, ainda que em sede de situação emergencial ou calamidade pública tornando-se indispensável a regulamentação do tema junto ao ente administrativo, já que tratam-se de situações excepcionais que necessitam ser adaptadas caso a caso, sendo fundamental que se avalie a necessidade efetiva do órgão, para que não ocorra em responsabilização perante o Tribunal de Contas.

Insta asseverar, ainda a importância de planejar para se evitar a ocorrência de crimes, como o fracionamento de despesa, assim como comprar algo que depois não funcione ou contratar um serviço que não atenda a real necessidade do órgão.

Neste prisma, não há justificativa que sustente a ausência de planejamento, pois trata-se de um dos pilares da nova Lei de licitações ao lado da governança e controle da Administração Pública³¹², o que merece um olhar diferenciado para as hipóteses de emergência e calamidade, como acima exposto.

4.2 Pesquisa de mercado na Contratação Direta

No procedimento de compras na Administração Pública quer seja através da licitação ou da contratação direta por inexigibilidade ou dispensa, deve ser elaborada a estimativa de preços através da pesquisa de mercado.

Na Lei n.º 8.666/93 em seu art. 15 ao dispor sobre as compras, extensivo às contratações de serviços e obras, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Ainda, em seu art. 40, §2, II, determina a necessidade em elaboração do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários devendo fazer parte do anexo do Edital.

³¹¹ Em mesmo sentido Ronny Charles Lopes Torres, excepcionalmente, nas situações fáticas que justificam a dispensa emergencial, a urgência e a gravidade do risco a ser evitado pela contratação impõem a tomada de medidas céleres ou imediatas. Nesses casos extraordinários, entendemos justificável a sublimação da fase interna ou preparatória da licitação. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, Juspodium, 2022, p. 466.

³¹² O planejamento constitui em procedimento prévio da contratação sendo estabelecido na fase interna do procedimento de licitação e contratação direta, conforme previsto na Lei nº 8.666/93. Nesta fase, deverá ser verificado a real necessidade da contratação, objeto, justificativas, quantitativos, valores estimados, dotação orçamentária, obrigações da contratada e do contratante, garantias contratuais, vigência do contrato. Este instituto, já anteriormente presente, ganha força através do princípio do planejamento à luz do art. 5º da Lei nº 14.133/21, sendo estabelecido em diversos dispositivos do mesmo diploma legal, como o art. 11, par. único, 12, VII; art. 18, §1, II; art. 40, art. 74, III, "a"; art. 174, §3, III.

Na Lei nº 14.133/21, em seu art. 23, o legislador previu um rol de elementos que atribuirão o valor previamente estimado para a contratação, compatíveis com o mercado, através dos bancos de dados públicos e quantidades contratadas.

Dentre esses elementos temos: i. a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou banco de preços disponíveis no Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP); ii. contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1(um) ano; iii. utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada; iv. pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores; v. pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas.

Em caráter excepcional, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços. De modo que a pesquisa deve conter três ou mais preços válidos e na impossibilidade de obtenção desse quantitativo deverá haver a devida justificativa.

Entendemos que se trata de um rol exemplificativo, um guia e instrumento de orientação aos gestores, não se esgotando em si mesmo, o que permite a busca de outras fontes de consulta que reflitam o valor real de mercado. É cediço que a consulta de preços é uma das maiores dificuldades dos gestores, sendo talvez um tema a merecer especial atenção.

Assim, a depender do caso concreto, deve ser verificado com cautela qual o melhor instrumento a ser utilizado para averiguar os valores de mercado, fazendo uma análise crítica e devidamente fundamentada do mais apropriado a ser utilizado.

Ainda, em se tratando de medicamentos, a cotação de preços deverá também, ser realizada junto ao Banco de Preços em Saúde – BPS1 e através do método para obtenção do preço estimado a mediana. No entanto, o BPS não deve ser utilizado como fonte única e sim em conjunto com múltiplas fontes de pesquisa de preços disponíveis no mercado, buscando minimizar as possíveis distorções que possam vir a ocorrer e aproximando-se ao máximo aos reais preços praticados pelo mercado, devem constar expressamente, de forma detalhada e justificada o procedimento administrativo que foi utilizado como base para definir o preço referencial.

Vale lembrar que anteriormente a esta Lei, o tema sobre pesquisas e valores de mercado já era amplamente debatido e orientado através da Instrução Normativa nº 073/2020, a qual traz ainda a possibilidade em ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente. Em mesmo entendimento a Instrução Normativa nº 65/2021, que

dispõe sobre o procedimento para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

A Lei 14.133/2021 prevê quanto a validade das fontes de pesquisa de preços, quais sejam contratações similares de outros entes públicos devem estar vigentes ou terem sido concluídas no prazo de 1 (um) ano antes da data da pesquisa de preços, sendo no caso de notas fiscais eletrônicas o prazo máximo deverá ser 1 (um) ano a contar da data de divulgação do edital.

Nos casos da pesquisa realizada com fornecedores, mídia especializada, internet, ou tabela de referência serão admitidos os preços cujas datas estejam compreendidas no intervalo de até 6 meses de antecedência da divulgação do Edital.

Registra-se que embora seja um procedimento simplificado, deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, o ato que autoriza a contratação direta ou extrato decorrente do contrato, estabelecendo a transparência dos atos administrativos, em atenção ao princípio da publicidade.

Há ainda um debate recorrente e que merece destaque neste estudo, quanto a emergência fabricada que se difere da emergência real de fato, é o que veremos a seguir.

5. DA EMERGÊNCIA FABRICADA

A emergência fabricada decorre do fato, da Administração deixar de tomar medidas necessárias tempestivamente para a realização do procedimento licitatório. Sendo assim, a Administração busca atingir o prazo final do contrato sem que ocorra em tempo hábil nova licitação para futura contratação.

Em verdade, um dos aspectos de maior relevância trata-se quando a Administração deixa de tomar medidas necessárias à realização da licitação. Assim, ao final do termo final do contrato, a Administração insurge quanto a realização de nova licitação, o que pode vir a trazer sérios prejuízos quanto a continuidade dos serviços públicos, ou proceder com a contratação direta, com a dispensa emergencial, em face a ausência da licitação tempestiva.

Vale ressaltar que a ausência da licitação adequada e tempestiva não impede a contratação emergencial, se ela for indispensável para evitar o risco de danos irreparáveis, tão pouco a responsabilização do agente que omitiu as providências quanto a realização do certame. Assim, sendo comprovada a desídia administrativa e o prejuízo causado ao erário, deverá ser indenizado pelo agente público que fabricou a situação de emergência.

No entanto, não se confunde a conduta omissiva da autoridade administrativa quanto a realização do procedimento licitatório e a contratação emergencial necessária a evitar consumação do dano irreparável.

O entendimento da Corte de Contas, conforme Acórdão nº 1842/2017313 – Plenário TCU é de que a falha administrativa que ensejou a situação de emergência não deve impedir a contratação imediata, devendo ser promovida a contratação direta, com a sanção dos responsáveis pela ausência de medidas tempestivas na adoção dos procedimentos licitatórios.

A Orientação Normativa nº 11/2009 da AGU traduz brilhantemente quanto a apuração de responsabilidade³¹⁴ no âmbito da contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/93, a qual exige, concomitantemente, que seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

Desta forma, o art. 73 da Lei nº 14.133/21 traduz que na hipótese de contratação direta indevida, tendo ocorrido dolo, fraude ou erro grosseiro, tanto o contratado quanto o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais.

A Nova Lei de Licitações através do seu art. 178, altera ainda o Código Penal, incluindo sobre o tema contratação direta, dentre outros, os dispositivos previstos no art. 337-E, que trata do crime quanto a contratação direta ilegal e no art. 337-P, quanto a aplicação da pena de multa que não poderá ser inferior a 2% do valor do contrato celebrado com contratação direta.

Existem ainda outras hipóteses que contribuem com o mesmo entendimento, quando propositalmente incorre em revogações de normas infralegais e legislações,

³¹³ Segundo este Tribunal de Contas, em seu Acórdão nº 1842/2017 – Plenário. TCU, é possível a contratação por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ainda que a emergência decorra da falta de planejamento, inércia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, sem prejuízo da responsabilização dos gestores que não providenciaram, tempestivamente, o devido processo licitatório.

³¹⁴ Segundo Jacoby Fernandes, a doutrina confronta a caracterização de emergência e a conduta pretérita do gestor para avaliar se a situação decorre ou não de atuação irresponsável ou negligente. Isto posto, vedar a contratação direta quando presentes todos os requisitos ou declará-la nula não parece o meio adequado de resguardar o interesse público, pois estaria penalizando duas vezes a sociedade, já vítima de um gestor negligente, não podendo a mesma ter as suas necessidades atendidas pela contratação direta. A Contratação direta deve ser efetivada, apurando-se a responsabilidade pela desídia que ficar provada, na forma do §6, do art. 75 da nova Lei. FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby. Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021, Fórum, 2021, p. 264 e 267.

anulações com supostos vícios de ilegalidade e revogações injustificáveis de procedimentos.

Neste cenário, a legislação não distingue a emergência real da fabricada, na forma do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 75, VIII, da Lei 14.133/21, em que trata-se apenas dentre o rol, a hipótese de contratação direta por emergência ou calamidade pública, em mesmo entendimento o trazido pelo do Relator Ministro Benjamin Zymler, através do Acórdão nº 1122/2017, Plenário do TCU315.

Resta evidente que devemos coibir a contratação direta por dispensa emergencial fabricada, por tratar-se de algo manifestamente ilegal, reunindo todos os esforços, aliados ao planejamento e ao bom andamento do procedimento licitatório.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou tratarmos de um tema de grande relevância no Direito Administrativo com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021 no âmbito da Contratação Direta por Dispensa nos casos de emergência ou calamidade pública.

Sendo assim, foi possível tratar além dos conceitos iniciais traduzidos em nosso maior diploma legal, a Carta Magna, assim como definições quanto aos procedimentos de licitação, princípios, contratação direta, inexigibilidade, dispensa, abordando ainda aspectos quanto a emergência fabricada, documentos necessários para a instrução do Processo Administrativo de Contratação Direta e os entendimentos dos Tribunais de Contas

Ademais, foi possível fazer um estudo e análise comparativa das principais mudanças entre a Lei nº 8.666/93 e a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/21, notadamente quanto às Contratações Diretas por dispensa na hipótese de emergência ou calamidade pública, assim como os pontos positivos e negativos trazidos pela Lei.

De tal modo, foi possível constatar alterações relevantes no artigo que trata sobre o tema quanto a continuidade dos serviços públicos, a ampliação do prazo máximo do contrato de 180 (cento e oitenta) dias para 1 (um) ano, contados da ocorrência da emergência ou da calamidade, sendo mantida a vedação da prorrogação dos respectivos

315 De acordo com o Acórdão nº 1122/2017, Plenário TCU, a situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

contratos e a proibição ainda de recontração de empresa já contratada através do mesmo dispositivo.

O Tribunal de Contas, em seu Acórdão nº 1801/2014, já admite a possibilidade da prorrogação contratual emergencial acima do prazo máximo desde que a duração do contrato se estenda em tempo razoável e suficiente para enfrentar a situação emergência, em atendimento ao interesse público e não interrupção dos serviços, com base na Lei nº 8.666/93. No entanto, em caráter excepcional, parece-me que a Corte de Contas também adotará este entendimento à luz da Lei nº 14.133/21. Em ressalva, este posicionamento não deve ser adotado como prática corriqueira da Administração, sob pena de responsabilização do gestor público, pois acredita-se que 1 ano já se configura em tempo suficiente para realizar o procedimento licitatório, sendo afastado a contratação direta por dispensa emergencial.

Outro ponto que merece destaque no estudo é se são aplicáveis todos os documentos elencados durante a instrução do Processo Administrativo de Contratação Direta por Dispensa nos casos de emergência ou calamidade pública na forma do art. 72 da Lei nº 14.133/21.

Insta ressaltar que o mesmo dispositivo traz ressalvas criando uma faculdade quanto a instrução durante o procedimento de contratação com alguns documentos através da nomenclatura “se for o caso”, como dispõe os incisos I e III do referido artigo.

A Doutrina e a Jurisprudência ainda são omissas com relação a referida temática, a qual, parece-me que se dê ao fato de ainda a legislação ser um tanto recente, o que possibilita um caminhar com maior cautela do que deve ou não compor o referido instrumento. Para tanto, parece-me possível a simplificação do rol de alguns documentos que devem compor a contratação direta por dispensa emergencial.

No entanto, entende-se que a hipótese aqui tratada, qual seja, situação emergencial ou calamidade pública, se remete a uma situação de imprevisibilidade, o que não se confunde com a denominada “emergência fabricada”, tema amplamente combatido pela Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais de Contas. Desta forma, entende-se salutar a possibilidade de contratação direta através destas hipóteses, sendo as contratações por dispensa provocadas mediante determinação judicial, quer seja por omissão da Administração colocando em risco os direitos protegidos constitucionalmente, como o direito à vida e à saúde, assim como a inviabilidade de promover a licitação em tempo hábil, em que o prazo para conclusão regular de uma licitação pode ocasionar em sérios riscos de vida e saúde ao interessado.

Neste cenário, recomenda-se ainda que para a devida instrução processual contenham os documentos elencados no art. 72 da referida Lei. Vale ressaltar ainda que o ETP, exigível no inciso I, do referido artigo, parece-me ser dispensável para situações emergenciais ou calamitosas. Logo, entende-se que o mesmo só é cabível quando realizado através de um planejamento prévio em condições normais de contratação e sem risco grave e iminente, sob pena de resultar em prejuízos à Administração ou aos bens dos particulares.

Esta pesquisa busca abranger todo o território nacional, tendo em vista tratar-se de um estudo da Lei Federal, notadamente quanto ao procedimento de contratação direta por dispensa nos casos de emergência ou calamidade pública. O principal motivo da escolha deste tema se deu pelo fato de tratar-se de uma legislação nova e por ainda existirem poucos estudos sobre o tema, assim como pela possibilidade que o legislador trouxe em coexistir tanto a Lei nº 8.666/93 quanto a Lei nº 14.133/21.

Este estudo corrobora ainda com os gestores que necessitam tomar decisões céleres em momentos de crise como em situações de desastres naturais ou provocados, bem como eventos pandêmicos com sérios riscos de mortes em massa e a nível mundial impedindo a tomada de decisões racionais e coerentes com a nossa realidade legislativa atual.

Durante o estudo, foi utilizado como metodologia o estudo dos dispositivos legais, normas infraconstitucionais, portais transparência, a doutrina, a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU e pesquisas por regiões do Brasil das Jurisprudências dos Tribunais de Contas Estaduais.

Por todo exposto, este estudo consistirá em um balizador na produção científica e até em novos entendimentos a serem adotados pela doutrina, Tribunais de Contas e outros Municípios sobre a Contratação Direta por Emergência e Calamidade Pública. Neste sentido, acompanho o entendimento em desburocratizar, mediante justificativa, para esta hipótese, com a redução de documentos na instrução do processo administrativo, assim como o uso deste procedimento mediante decisão judicial, essencialmente nos casos que ensejarem risco à vida e à saúde pública, registrando aqui o meu aporte à ciência jurídica sobre o renomado tema.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGU. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 011/2009**. Disponível em: <<https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189172>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2015.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Manual de Direito administrativo facilitado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL, Governo Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. **Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#:~:text=D10593%20DECRETO%20N%C2%BA%2010.593%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO,e%20o%20Sistema%20Nacional%20de%20Infor%20ma%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20Desastres>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 27 de set. 2022.

BRASIL, Governo Federal **Estudos Técnicos Preliminares**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas/conheca-o-compras/estudos-tecnicos-preliminares-etp-1>>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. **Instrução Normativa nº 05 de 26 de maio de 2017**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. **Instrução Normativa nº 58 de 08 de agosto de 2022**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-no-58-de-8-de-agosto-de-2022>>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. **Instrução Normativa nº 65 de 07 de julho de 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes>>

normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-65-de-7-de-julho-de-2021>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Governo Federal. **Instrução Normativa nº 73 de 05 de agosto de 2020**. Disponível em: < <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-73-de-5-de-agosto-de-2020>>. Acesso em 27 de set. de 2022.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm >. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Pregão**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL, Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL, Lei nº 14.123, de 01 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art23>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 18/17, 20/06/2017. **Comissão Intergestores Tripartite – CIT**. Disponível em: <https://bvs.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2017/res0018_26_06_2017.html>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Manual de Orientação Pesquisa de Preços**. Secretaria de Auditoria Interna. Coordenadoria de Auditoria de Aquisições e Contratações. 4ª Edição. Lei nº 14.133/2021. Agosto 2021. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/MOP/article/view/11587/11711>>. Acesso em 27 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Destinação e Utilização de Recursos Públicos em Situações Emergenciais**. Levantamento Jurisprudencial. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/data/files/C3/80/40/80/8100371055EB6E27E18818A8/Destinacao_utilizacao_recursos_publicos_situacoes_emergenciais.pdf>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União – TCU**. Acórdão nº 3.262/2012. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília/DF. TCE 020.644/2010-8. Sessão, 28/11/2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:3262%20ANOACORDAO:2012%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União – TCU**. Acórdão nº 1.801/2014. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília/DF. Processo 019.190/2011-5. Sessão, 09/07/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:1801%20ANOACORDAO:2014%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União – TCU**. Acórdão nº 1.122/2017. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Brasília/DF. Processo 020.514/2014-0. Sessão, 31/05/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:1122%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União – TCU**. Acórdão nº 1.842/2017. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Brasília/DF. TC 016.586/2016-6. Sessão, 23/08/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:1842%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União – TCU**. Acórdão nº 3.474/2018. Segunda Câmara. Relator: André de Carvalho. Brasília/DF. Processo 008.507/2018-0. Sessão, 08/05/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada*/NUMACORDAO%253A3474%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR**. Acórdão nº 4.624/2017. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães. Processo 983475/16. Consulta. Curitiba/PR, Sessão nº 36, 09/11/2017. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2017/11/pdf/00322241.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR**. Acórdão nº 2.161/2018. Tribunal Pleno. Ministério Público de Contas. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Processo 545882/18. Consulta. Curitiba/PR, Sessão nº 26, 09/08/2018. Disponível em: < <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/8/pdf/00330483.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR**. Acórdão nº 2.162/2018. Tribunal Pleno. Ministério Público de Contas. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Processo 546978/18. Consulta. Curitiba/PR, Sessão nº 26, 09/08/2018. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/8/pdf/00330484.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR**. Acórdão nº 2.934/2018. Tribunal Pleno. Ministério Público de Contas. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Processo 546978/18. Consulta. Curitiba/PR, Sessão nº 34, 10/10/2018. Disponível em: < <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/10/pdf/00332019.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR**. Acórdão nº 1.393/2019. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Fabio de Souza Camargo. Processo 602061/18. Consulta. Curitiba/PR, Sessão nº 16, 22/05/2019. Disponível em: < <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2019/6/pdf/00337111.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

CAMARÃO, Tatiana. Ebook: **Conteúdos selecionados sobre Contratação Direta com base em Emergência ou Estado de Calamidade Pública**. In: _____. Termo de Referência: modelo Sugestivo para Contratação Emergencial. Belo Horizonte/MG, jan. 2022. Disponível em: <<https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/Modelo-Sugestivo-de-TR-para-Contrata%C3%A7%C3%A3o-Emergencial.pdf>>. Acesso em 27 de set. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4, ed. Rev. Ampl. E atual. Salvador. Ed. Juspodium, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Nova Lei de Licitações Comparada**. Salvador. Ed. Juspodium, 2021.

CONFEA. Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA. **Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991.** Disponível em: <<https://normativos.confea.org.br/Ementas/Visualizar?id=409>>. Acesso em 27 de set. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26ª edição. Editora Atlas S.A.. São Paulo. 2013.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021.** 11. Ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021.** Revista dos Tribunais. São Paulo. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 7ª ed. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 5 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 6 ed., rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 13. Ed, ver, atual e ampl – São Paulo. Editora: Juspodium, 2022.

A APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 5.797 NA AMAZONAS ENERGIA NA CIDADE DE MANAUS – AM: OS DIREITOS RESGUARDADOS PELA LEI AO CONSUMIDOR

KAREN STEFANIE VASCONCELOS MENDES:
Graduanda em direito, pelo Centro
Universitário do Norte-UNINORTE.

WILLIAM BARROS ³¹⁶

GABRIEL SILVA DE SOUZA ³¹⁷

(coautores)

RESUMO: Este trabalho de pesquisa apresenta o cenário do uso da energia elétrica do setor da cidade de Manaus a partir da análise da Amazonas Energia e o serviço prestado na capital do Amazonas. A metodologia do trabalho baseou-se numa pesquisa bibliográfica a respeito da temática, utilizando processos e documentos com a concessionária de energia da cidade de Manaus, para coleta de dados foram pesquisados qualitativamente e quantitativamente artigos e documentos que comprovem a importância da Lei estadual nº 5.797/2020, que obriga os franqueados e os titulares de licenças de serviços de eletricidade a notificarem previamente os consumidores da necessidade de inspeção ou inspeção técnica do contador de eletricidade por carta com aviso de recessão buscando compreender de que forma ela foi benéfica para o consumidor e quais direitos são resguardados por essa lei. Além disso, busca-se visualizar se foram cumpridos os artigos propostos, pois os revendedores são obrigados a notificar os consumidores por escrito e comprovar local, data e hora com antecedência mínima de 10 inspeções ou investigações técnicas para que possa, se assim o desejar, ser acompanhado pessoalmente ou através do representante designado.

Palavras chaves: Manaus. Amazonas Energia. Lei.

ABSTRACT: *This research work presents the scenario of the use of electricity in the sector of the city of Manaus based on the analysis of Amazonas Energia and the service provided in the capital of Amazonas. The methodology of the work was based on a bibliographical research on the subject, using processes and documents with the energy therapy of the city of Manaus, for data collection, articles and documents that prove the importance of the Law were researched qualitatively and quantitatively. nº 5.797 / 2020, which obliges*

³¹⁶ Graduando bacharel em direito, pelo Centro Universitário Do Norte-UNINORTE.

³¹⁷ Mestre em Ciência e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará - UFPA , graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília - UCB, graduado em Direito pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE e pós graduado em nível de especialização em Docência da Educação Básica pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM, atualmente professor de ensino Superior UNINORTE Manaus desde 2004.

franchisees and holders of electricity service licenses to notify consumers in advance of the need for supervision or technical notification of the electricity meter by letter with notice of recession, seeking to understand how it was approved for the consumer and what rights are protected by this law. In addition, try to see if the standardized articles have been complied with, as incomes are obliged to notify consumers in writing and verify the place, date and time at least 10 inspections in advance or consider techniques so that they can, if they so wish, be accompanied in person or through the designated representative.

Keywords: Manaus. Amazon Energy. Law.

1.INTRODUÇÃO

A aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações entre usuários e concessionárias de energia elétrica, especialmente no que concerne à suspensão do fornecimento de energia em razão de inadimplemento do usuário, é alvo de intensa polêmica há vários anos. Concorre para tanto o fato de ainda não haver uma disciplina normativa clara acerca da possibilidade e da forma de aplicação do CDC aos usuários dos serviços públicos. A aplicabilidade do CDC (Lei 8.078/90) cobra relevo com a entrada em vigor da Lei 13.460/2017 (cognominada de “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”), cujo art. 1º, § 2º, II, determina a aplicação do CDC “quando caracterizada relação de consumo”, sem, no entanto, defini-la. Dessa maneira, questiona-se se é possível aplicar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos. E como e até que ponto, se possível, os usuários podem lidar com o CDC, especialmente quando se trata de contratos envolvendo concessionárias de distribuição de energia elétrica, abastecimento de água, fornecimento de gás, etc. Então, no que diz respeito à aplicação do CDC nos serviços públicos, um dos temas mais polêmicos é a legalidade da interrupção do fornecimento de energia por inadimplência do consumidor. A esse respeito, existem normas específicas na legislação administrativa que permitem a suspensão dos serviços (Lei 8.987/95, art. 6º § 3º, II e Lei 9.427/96, art. Seções 6, X e 22 do CDC).

O presente artigo irá tratar sobre os contratos de serviços essenciais, em especial sobre os de fornecimento de energia elétrica. Essa abordagem mais incisiva em uma espécie de prestação de serviço se dá em razão das diversas particularidades que cada serviço essencial possui as resoluções específicas e problemas formais e materiais específicos de cada tipo de serviço essencial. Será uma abordagem feita dando foco ao contrato, sobre como e por quem é estabelecido e regularizado, sua estrutura, os direitos do usuário e como seus aspectos contratuais se encaixam nas características do contrato de adesão, além das medidas tomadas diante da pandemia da covid-19 que facilitaram a vida dos usuários de energia elétrica. Como já dito, será feito um estudo com base no

fornecimento de energia elétrica da cidade de Manaus e suas condições e para isso é necessário o entendimento da resolução normativa Lei estadual nº 5.797/2020 estabelecida pelo Projeto de Lei da Assembleia Legislativa Do Estado Do Amazonas, que visa demonstrar de que forma ela protege o consumidor contra uma inspeção ou vistoria técnica no medidor sem a presença do proprietário ou por meio de representante nomeado. O objetivo maior da temática seria demonstrar que a Lei estadual nº 5.797/2020, que protege o consumidor contra uma inspeção ou vistoria técnica no medidor sem a presença do proprietário ou por meio de representante nomeado. Além disso, nesse trabalho buscou-se ainda analisar as leis que favoreceram os consumidores durante a pandemia do Covid-19 fazendo uma breve leitura das resoluções impostas pela ANEEL para diminuir os impactos na vida dos consumidores. Para tanto, serão utilizados principalmente os dados SciELO Preprints, Scientific Electronic Library Online (SciELO), e documentos que analisem o impacto da Lei estadual nº 5.797/2020, além das leis regidas pelo CDC no quesito consumidor e prestadora de serviços de energia no período pré e pós pandemia.

2.HISTÓRICO DAS TARIFAS ENERGÉTICAS NO BRASIL E O DIREITO DO USUÁRIO DE ENERGIA

Com a disponibilização dos serviços públicos de electricidade, nasceram também as tarifas de energia, que são preços pagos pelos consumidores, cujo objetivo é compensar os prestadores de serviços de forma a garantir-lhes receitas suficientes para cobrir os custos e incentivá-los a desenvolver o serviço e a sua qualidade (ANEEL, 2017). Até a década de 1990, o setor elétrico brasileiro (SEB) apresentava uma estrutura verticalizada, ou seja, a produção transmissão e transporte de energia elétrica eram de responsabilidade de empresas públicas (RISKALLA, 2018). Esse tipo de convênio, chamado de "modelo antigo", contava apenas com consumidores fechados que não tinham direito de escolha de seu prestador e não havia concorrência no mercado (CCEE, 201-), portanto o investimento era baixo e a qualidade o serviço que estava errado. Apesar de desde a década de 1990 o setor ter reunido empresas públicas e privadas, os investimentos na região não aumentaram significativamente. Além disso, devido ao aumento do produto interno bruto (PIB) brasileiro, a demanda por energia aumentou. Em suma, esses fatores resultaram na maior crise energética do país (GARCIA, 2011). Além da solução urgente para o problema um chamado "novo modelo" foi introduzido em 2004. As tarifas desse novo modelo são aplicadas no ACR, sendo os preços negociados livremente no ACL. Com base nas leis n.10.847/04, 10.848/04 e no decreto n.5.163/04, essa nova estrutura teve as seguintes características principais:

Receber financiamentos públicos e privados; Segmentação das empresas de energia entre geração, transmissão e distribuição; Presença de empresas estatais e privadas;

Competitividade no campo da geração e distribuição de energia; Consumidores livres e cativos; Ambiente de contratação dividido entre livre e regulado; Empresa de Pesquisa Energética (EPE)..

(Planalto, Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004)

Falando com relação ao direito do consumidor, a proteção e defesa do consumidor não é uma preocupação nova. No caso específico do direito do usuário de energia, a primeira norma a disciplinar as Condições de Fornecimento de Energia Elétrica foi a Portaria Ministério da Agricultura nº 345, de 195713 Após sua edição, várias outras a sobrevieram e passaram a regular o tema. Para citar algumas: a Portaria DNPM14 nº 114, de 14 de maio de 1963, a Portaria MME15 nº 670, de 8 de outubro de 1968, a Portaria MME nº 378, em 26 de março de 1975, da Portaria DNAEE16 nº 95, em 17 de novembro de 1981, a Portaria DNAEE nº 222, em 22 de dezembro de 1987, da Portaria DNAEE nº 466, em 12 de novembro de 1997.

Com a consolidação do novo modelo de Estado e o surgimento das ANEEL, coube a esta exercer o poder regulamentar e fiscalizatório. Assim, no exercício de suas atribuições, em 29 de novembro de 2000, a ANEEL, visando consolidar e atualizar as normas referente aos direitos e obrigações do usuários de energia elétrica expediu a Resolução Normativa n. 456 , já que até então as norma regulamentares eram esparsas. Essa Resolução vigeu por aproximadamente dez anos quando, então, em 9 de setembro de 2010, após longo processo de discussão e amadurecimentos das propostas, foi editada Resolução n. 414, de 9 de setembro de 2010, que, novamente, consolidou e atualizou as Condições Gerias de Fornecimento de Energia Elétrica:

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA –ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto nas Leis no 12.007, de 29 de julho de 2009, nº 10.848, de 15 de março de 2004, nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002, nº 10.438, de 26 de abril de 2002, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos Decretos nº 6.523, de 1º de agosto de 2008, nº 6.219, de 4 de outubro de 2007, nº 5.163, de 30 de julho de 2004, nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, nº 62.724, de 17 de maio de 1968, nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, nº 24.643, de 10 de julho de 1934, na Portaria nº 45 do Ministério da Infra-Estrutura, de 20 de março de 1992, o que consta do Processo nº 48500.002402/2007-19, e considerando que: em função da

Audiência Pública nº 008/2008 e da Consulta Pública nº 002/2009, realizadas no período de 1º de fevereiro a 23 de maio de 2008 e de 9 de janeiro a 27 de março de 2009, respectivamente, foram recebidas sugestões de agentes do setor e da sociedade em geral, as quais contribuíram para o aperfeiçoamento e atualização das Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, devendo ser observado, no que couber, o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, resolve: Art. 1º Estabelecer, de forma atualizada e consolidada, as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, cujas disposições devem ser observadas pelas distribuidoras e consumidores. Desta forma, percebe-se que as normas protetivas dos usuários de energia elétricas foram consolidadas e atualizadas de maneira a atender usuários cada vez mais exigentes e cientes de seus direitos.

A primeira norma regulamentadora dos direitos dos usuários de energia elétrica foi publicada em 1957. Posteriormente, diversas outras normas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro para assegurar garantias mínimas ao consumidor e, claro, fortalecer suas obrigações. Atualmente, as seguintes normas amparam o usuário de energia elétrica no ordenamento jurídico brasileiro:

Constituição Federal de 1988;

2) Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. (Código de Defesa do

Consumidor); 3) Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. (Lei das Concessões); 4) Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. (Lei de Criação da ANEEL); 5) Decreto n.º 2.335, de 6 de outubro de 1997 (Constituição da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; e 6) Resolução Normativa n.º 414 de 9 de setembro de 2010 (Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada.).

No ambiente constitucional, a defesa do consumidor é regulada pelo art. 5. XXXII e art. Artigos 170, V e 175 da Constituição, que diz que todos são iguais perante a lei sem distinção alguma, o que garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à inviolabilidade de bens nas seguintes condições:

(...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços

públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Conforme se vê, com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito do Consumidor alcançou status de direito fundamental. Os direitos do consumidor brasileiro estão assegurados no inciso, XXXII, do artigo 5º da Constituição Federal, e faz parte dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. O direito constitucional do consumidor é imperativo, também, em outras disposições, a exemplo do artigo 17º, que trata dos princípios da ordem econômica, e do artigo 175, que dispõe sobre a concessão de serviços públicos, dentre eles, energia elétrica. A Carta Magna, em seu fundamental e primeiro artigo estabelece que, a República Federativa do Brasil, tem na cidadania, e na dignidade da pessoa humana, um de seus objetivos fundamentais. Modernamente, não é possível o cidadão viver dignamente, sem dispor de energia elétrica. A elevação das garantias do consumidor ao status constitucional ganhou corpo com a edição do Código de Defesa do Consumidor. A respeito do tema tratou SOARES (2008):

Elevar a defesa do consumidor à esfera dos princípios constitucionais exige que as normas inconstitucionais se apresentem da melhor forma possível à luz do fato e da possibilidade jurídica como realizando algo, pois os princípios não proíbem, permitem ou exigem tudo sobre algo. Ou nada, impondo, de fato, a otimização dos valores jurídicos. Os princípios constitucionais de proteção ao consumidor não terminam com os legisladores de densificação pressionados em preparação para o CDC. É imperativo implementar a proteção dos direitos e interesses do consumidor nas relações sociais indissociáveis, e requer esforços dos profissionais do direito para interpretar e aplicar corretamente os diplomas legais acima mencionados e implementar os mandamentos constitucionais.

Logo, também no plano infraconstitucional, serão relevantes os princípios jurídicos, mormente aqueles positivados na própria legislação consumerista, no desenvolvimento de suas funções fundamentadora e hermenêutica. Neste sentido, o CDC contempla, além das normas de conduta e de organização, uma terceira categoria normativa, denominada de normas-objetivo, que ostenta uma inegável tessitura princípio lógica. Tratando do tema, sustenta Eros (2009, p. 35) que o direito passa a ser operacionalizado, tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos, pois a definição dos fins.

3 A RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE OS USUÁRIOS E AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

O serviço público de fornecimento de energia elétrica é tido como serviço *uti singuli*, de tal maneira que, conforme exposto anteriormente, é plenamente possível a aplicação do CDC aos seus usuários, ao menos naquilo em que não colidir com a legislação específica de regência.

A incidência do CDC franqueia a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), a restituição em dobro de valores cobrados de má-fé pela concessionária (art. 42, parágrafo único), impede a exposição do consumidor inadimplente a ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42, *caput*), etc. Todavia, a aplicação do CDC não é integral, visto que há limites inerentes à própria natureza do serviço público e ao regime jurídico público, como, *v.g.*, a forma de composição da tarifa, em que há possibilidade de cobrança de valores diferenciados de tarifas em função do tipo de consumidores, da renda por eles auferida, etc. Há consumidores de baixa renda que pagam tarifas mais reduzidas de energia elétrica (tarifa social), subsidiadas por meio de tarifas mais elevadas cobradas de outros consumidores, os subsídios cruzados ou internos.

Nesse sentido: OLIVEIRA (2019, p. 265;) ARAGÃO, (2013) afirmam falta de correspondência precisa entre o valor cobrado e o valor da utilidade usufruída pelo consumidor individual é inaceitável em princípio e art. I e V e art. 51 IV, mas isso se justifica inteiramente diante da solidariedade social que impera na prestação de serviços públicos. Por exemplo, pelo menos no atual estágio de evolução do direito do consumidor, é difícil imaginar lojas estabelecendo tabelas de preços diferentes para a venda do mesmo produto dependendo da renda do comprador. Daí, o art. Os artigos 39 I e V do CDC e o artigo 51, IV devem ser interpretados restritivamente quanto ao seu escopo de proteção para serem compatíveis com as normas de direito público que regem a prestação de serviços públicos, bem como os preços públicos, as tarifas. Por exemplo, no caso da tarifa básica de uma assinatura telefônica, um motivo foi dado no julgamento 356, o que gerou alguns precedentes, que foi o 356 art. 39, inciso I do CDC não é violado porque a imposição de limite quantitativo mínimo só seria vedada se ocorresse "sem justa causa", como refere o artigo. 39, CDC Art. I ("Art. 39. É vedado, dentre outros abusos, ao

fornecedor de produtos ou serviços: I - fazer da entrega de um produto ou serviço condição para a entrega de outro produto ou serviço. negou que a interpretação do STJ da expressão "justa razão" não seja retirada de princípios inspirados na legislação consumerista, mas sim de normas de direito público (em especial, o art. 13 da Lei 8.987/95), pautadas pela lógica da primazia do interesse público sobre o particular.

Segundo MARQUES (2019, pp. 787-788), embora o CDC se aplique aos serviços públicos prestados por concessionárias, o regime de contratos com a administração é especial e chama-se verticalidade de natureza reservada às unidades administrativas que rompem o equilíbrio do convênio. É difícil responder se as normas do Código de Defesa do Consumidor conseguem equilibrar essa relação na prática. O ponto mais polêmico na aplicação do CDC aos consumidores de energia elétrica diz respeito à possibilidade de interrupção do serviço por falta de pagamento. É importante rever como o STF e o STJ tentaram harmonizar na prática a aplicação das normas do CDC com as normas de direito público neste ambiente.

A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos insere-se no fenômeno da aproximação do direito público com o direito privado, ou seja, da privatização do direito público e da publicização do direito privado.

Em que pesem os dissensos doutrinários e jurisprudenciais, o art. 1º, § 2º, II, da Lei 13.460/2017 (alcançada de "Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos"), ao prescrever que "a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto [...] na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo", veio a cancelar a aplicabilidade do CDC aos usuários de serviços públicos quando configurada relação de consumo.

À luz dos conceitos subministrados pelo CDC, é perfeitamente possível a aplicação deste aos serviços públicos *uti singuli*, remunerados por tarifa (preço público), caracterizados pela divisibilidade e possibilidade de identificação do consumidor, dentre os quais figura o serviço de fornecimento de energia elétrica prestado por concessionárias. Assim, tendo em vista a relação de consumo entre a concessionária e o usuário, o CDC pode ser aplicado na medida em que não conflite com a legislação administrativa específica, e as consequências decorrentes, eventual inversão do ônus da prova, dupla devolução de valores pago de boa fé pelo licenciado, etc.

.No que tange a regulamentação especial na legislação administrativa vigente sobre interrupção do serviço de energia elétrica por descuido do usuário existem normas específicas na legislação administrativa de regência, a Lei 8.987/95, art. 6.º § 3.º, II, e a Lei 9.427/96, art. 17) para permitir cortes, cuja aplicação foi amenizada pelo STJ e STF: n jurisprudência, considerando especialmente a necessidade de notificação, o grau de

importância do serviço. ao consumidor e à comunidade, a realidade da dívida e o tamanho financeiro do consumidor.

A utilização desses critérios atenuantes mostra que a jurisprudência, embora não esteja diretamente relacionada à teoria do diálogo de fontes, tem contribuído para a filtragem constitucional da legislação aplicável no tribunal devido à negligência de um usuário-consumidor, o que na prática é um diálogo entre as atividades administrativas e consumistas das fontes jurídicas à luz da constituição, especialmente a proteção da dignidade da pessoa humana e da parte mais vulnerável.

4 O SISTEMA DE ENERGIA DO ESTADO DO AMAZONAS: AMAZONAS ENERGIA

O estado do Amazonas possui um sistema de produção de energia elétrica baseado quase que exclusivamente no uso de petróleo, óleo diesel e óleo combustível, de acordo com FIGUEIREDO (2002) e CARTAXO (2016) respondendo por aproximadamente 70% da produção. Sistema Manaus: A produção de energia é compartilhada entre empresas privadas e estatais. A subsidiária da Eletronorte Manaus Energia S.A. é um parque termal formado pelas seguintes usinas: UTE Aparecida (120 MW), UTE Mauá (136 MW) e Elétron (120 MW). A UHE Balbina, com capacidade instalada de 250 MW, é a única hidrelétrica do estado, de propriedade da Manaus Energia S.A. Além dessas usinas, existem usinas de produtores independentes, empresas estrangeiras autorizadas a produzir energia para o sistema de Manaus, devido à falta de investimentos do setor federal, agravada pela regulamentação. pelo que caiu para a cidade em meados de 1997. Atuavam em 2022 de acordo com FIGUEIREDO (2022) na capital três empresas estrangeiras, que utilizam a produção de eletricidade térmica com turbinas a gás e motores a diesel. Sistema interno: A produção de energia elétrica ainda é bastante incerta e é administrada pela Companhia Energética do Estado do Amazonas - CEAM, ex-empresa do governo estadual, hoje federal, responsável pelo fornecimento de energia para 61 províncias internas. Fatores como a grande expansão territorial do país e a baixa densidade populacional dificultam a manutenção dos sistemas de forma ainda mais eficaz, pois os altos custos operacionais dos geradores aliados às longas distâncias percorridas pelo transporte nivelam esse modelo. ainda mais caro. , que é baseado no uso de óleo diesel. Em dados do Relatório de Administração 2020 da Amazonas Energia Por meio de contratos com diversas empresas, a Amazonas Energia compra energia de produtores independentes e leilões no Ambiente de Contratação Regulada, garantindo 2,98% a mais do que os 11.322 GWh de energia necessários nos mercados de capitais e doméstico em 2020. Sobre o que aconteceu em 2019 (10.99 MW). O sistema teve uma demanda de pico de 1821 MW. No estado do Amazonas, a Amazonas Energia é responsável pela distribuição de energia elétrica da rede isolada para atender 73 escritórios e 29 subagências, totalizando 102 escritórios nos 61 municípios do estado.

A Amazonas Energia também possui uma fazenda solar composta por 12 miniusinas para atender comunidades remotas no interior do estado. É importante observar que em Manaus em 2020 a energia importada da região do SIN foi 57,06% dos 11.322 GWh fornecidos, e a diferença em relação ao ano anterior foi 10,14% maior que a queda observada de -5,82% de energia produzida pelo gás, isso também se refletiu na diminuição da energia produzida pelas termelétricas a óleo.

Por fim, destaca-se que a energia de Balbina permite que 15 graus de sazonalidade sejam alimentados diretamente no Sistema Integrado Nacional (SIN), por isso é calculado no SIN. A tabela e o gráfico abaixo mostram a energia necessária para os energéticos atenderem o mercado amazônico e sua composição.

A distribuidora deveria cobrar as tarifas homologadas pela ANEEL pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. A Amazonas Energia deve aplicar os descontos na tarifa estabelecidos na legislação, bem como, se quiser, conceder descontos de forma voluntária, deve informar ao consumidor sobre o direito de receber a tarifa social de energia elétrica, e deve aplicar o adicional de bandeira tarifária, de acordo com a regulação. Os valores das tarifas serão reajustados e/ou revisados anualmente. Além disso tem o dever de informar ao CONSUMIDOR o percentual de alteração da tarifa de energia elétrica e a data de início de sua vigência.

5 ENERGIA ELÉTRICA E A PANDEMIA DA COVID-19

De acordo com a Agência Internacional de Energia (IEA) (2020), a demanda por eletricidade diminuiu durante o bloqueio na pandemia de covid-19, e as reduções significativas nos serviços e na indústria são apenas parcialmente compensadas pelo aumento do uso doméstico. Monitorar os dados de consumo de eletricidade ao longo do tempo pode fornecer informações adicionais sobre os efeitos da crise do COVID-19 e interrupções relacionadas. A IEA divulgou dados diários relacionados à energia e mostrou que as necessidades semanais de energia em países fechados caíram 25%, em comparação com 18% em países com restrições parciais. A Revisão Global de Energia também informa que a queda na demanda de energia deverá ser sete vezes maior do que após a crise financeira de 2008. O consumo de energia acompanha a atividade econômica (Destek; Sinha, 2020) e como a eletricidade é usada na maioria das indústrias, seu consumo é um indicador útil dos ciclos de negócios. Portanto, o uso de eletricidade pode ser monitorado para avaliar os efeitos econômicos do COVID-19 (Chen et al., 2020).

Dutta (et al., 2020) afirma que há evidências de que o mercado de energia foi afetado negativamente pelo COVID-19. No Brasil, o consumo de energia elétrica diminuiu 0,9% no primeiro trimestre de 2020 em relação aos valores de 2019, os setores residencial, industrial e comercial diminuíram 0,3%, 0,4% e 2,2%, respectivamente, segundo a

Pesquisa Energética Brasileira. Empresa - EPE (2020). Para tanto, a Portaria nº 10.350, de 18 de maio de 2020, dispõe sobre a criação de conta do setor elétrico para situação de calamidade geral reconhecida pela Portaria nº 6, de 20 de março de 2020 e regulamenta a medida. Medida Provisória nº 950, de 8 de abril de 2020 e dá outras providências (BRASIL, 2020).

Segundo Salinas (2020), a Resolução Normativa 878/2020 é um conjunto de medidas aprovadas pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) que visa assegurar a distribuição de energia elétrica durante a pandemia. As medidas mais importantes implementadas foram a proibição do descaso com a energia elétrica em funções consideradas essenciais pelo governo federal, como ambulatórios, hospitais, presídios, serviços de telefonia, serviços funerários, etc. Também foi proibido desligar a eletricidade em áreas urbanas e rurais. .

Além de fornecer serviços essenciais e reduzir o tempo de inatividade planejado, os distribuidores também devem priorizar emergências e primeiros socorros (SALINAS, 2020). Com a mesma resolução, os comerciantes deixam de ter a obrigação de atender o público presencialmente, de enviar faturas impressas mensais, de realizar fiscalizações, por exemplo, nas unidades consumidoras (SALINAS, 2020). A revisão das tarifas de diversas concessionárias foi adiada por 90 dias, e pela Portaria nº 6.310 (2020), a ANEEL suspendeu os prazos dos processos e cumprimento das obrigações das concessionárias. Além disso, a Portaria nº 13 (2020) movimentou diversos leilões setoriais (ANEEL, 2020). A Resolução 885/2020 ficou conhecida como Conta-Covid, disponibilizou aproximadamente 16 bilhões de reais às empresas de energia elétrica por meio do BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (ANEEL, 2020) e foi uma das medidas para conter os impactos na vida do consumidor de energia no Brasil.

6 AMAZONAS ENERGIA E A LEI ESTADUAL Nº 5.797/2020

A Assembleia Legislativa do Amazonas aprovou a Lei 5.797 em 23 de fevereiro de 2022. Os redatores da nova lei são os parlamentares estaduais Dermilson Chagas, do Podemos, Carlinhos Bessa, do PV, e Sinésio Campos, do PT. Esse projeto de lei foi aprovado em 1º de dezembro e enviado ao governador Wilson Lima dois dias depois. No entanto, o governador não aceitou. Assim, os deputados tiveram que aprovar a proposta e ela se tornou lei em 23 de fevereiro. De acordo com a lei, os titulares de licenças de eletricidade e água e as concessionárias devem notificar o consumidor através de uma carta de aviso (AR). Na notificação, é necessário explicitar a necessidade de controle do medidor ou inspeção técnica. O relatório de inspeção também deve conter informações como local, data e hora da inspeção ou inspeção técnica. Isso é feito para que o usuário ou representante legal designado possa contatá-los pessoalmente, se desejar.

A regra sobre a obrigatoriedade das licenças de serviços de eletricidade e água e autorizações de atividade a notificar previamente o consumidor por recibo (AR) da necessidade de controlo de contadores ou inspeção técnica. É vedado debitar na mesma conta ou conta de luz, o valor decorrente da elaboração do auto de ocorrência da infração (TOI). Se este valor resultante do TOI estiver refletido na fatura de energia, esta fatura na sua totalidade pode ser contestada junto do permissionário, podendo ser paga apenas em pagamento à parte no momento da elaboração de nova fatura. Além disso, a desconexão ou desconexão de energia elétrica é PROIBIDA devido ao não pagamento de conta/fatura devido ao valor do TOI. Lei Estadual nº 5797, de 23.02.2022.

A regra sobre a obrigatoriedade das licenças de serviços de eletricidade e água e autorizações de atividade é de que a concessionária deverá notificar previamente o consumidor por recibo da necessidade de controlo de contadores ou inspeção técnica. O artigo 2º da lei diz que a distribuidora é obrigada a notificar o consumidor por escrito, com comprovação, com antecedência mínima de 10 dias sobre o local, data e hora da vistoria ou vistoria técnica, para que possa informar ao consumidor", se ele quiser, observe-o pessoalmente ou através de um representante. Tal fato auxiliou na vida dos consumidores de energia que por vezes foram surpreendidos com ações da concessionária sem aviso prévio. O Projeto de Lei nº 230 de 2022 em tramitação na Comissão Econômica visa, além do leite, assegurar a continuidade do fornecimento de energia elétrica às residências de deficientes ou doentes crônicos, cujo cuidado exija o uso constante de equipamentos, aparelhos ou instrumentos que exijam . seu uso.

Em relação às ações da Amazonas Energia, também desembargador Manuel Amaro de Lima da 3ª Vara Cível e Remuneração do Trabalho da Comarca de Manaus, que foi deferida em janeiro de 2022, Ação Popular com pedido de tutela de urgência n.º 0606470-41.2022.8.04.0001 e decidiu que a concessionária Amazonas Distribuidora de Energia S.A. suspendeu a implantação do novo sistema de medição Sistema de Medição Centralizada-SMC por entender que fere o direito do consumidor de medir e controlar seu consumo, uma vez que os medidores seriam instalados a uma altura de 4 metros. De acordo com os autos, o SMC consiste em um sistema de telemedição de unidades consumidoras. No processo citado "por considerar fidedignos os argumentos da recorrente, bem como os danos que a ré causou ao patrimônio público com a continuidade da implantação do sistema de medição centralizada – SMC, entendo que as exigências do Código. De acordo com art. 300 do CPC pelo que acato a ordem da autora para obrigar a ré a cessar a operação de implantação de um novo sistema de medição centralizado que danifique o patrimônio público e a suspender a coleta de medições já realizadas. sistema", lê-se no extrato da decisão provisória. O juiz impôs multa diária de R\$ 300 mil pelo descumprimento, com prazo de multa de até 30 dias, e determinou a expedição de

mandado e intimação do licenciado. A ação de instalar os medidores foi movida pelo senador Carlos Eduardo de Souza Braga.

"No que respeita à ilegalidade da actuação da ré, em suma, vejo que a pretensão da ré se justifica, porque a ré é titular de licença de serviço público de energia e há fortes indícios dos autos de que não cumpriu a comissão da ré. requisitos. o sistema é técnico ou de defesa do consumidor", registrou a decisão. Sobre a nocividade da ação, o desembargador afirmou que isso se deve ao fato de o cidadão não poder exercer seu direito de controle do serviço prestado, e sem esquecer que a licença é um bem público e, portanto, deve ser protegido, que viria nenhum dano." No Exordial, é notícia que a população está revoltada com a introdução de um novo sistema de medição que exige necessária e urgente intervenção jurídica. Continua o magistrado no processo. Em relação ao plano, nota-se que a situação é urgente e merece a tutela requerida, pois a penalidade é para os consumidores que utilizam os serviços de energia oferecidos pela ré", enfatiza o desembargador em sua decisão.

Conforme descrito nos autos, do processo divulgado e replicado no site do Poder Judiciário Tribunal De Justiça Do Estado Do Amazonas (2022) o autor do despacho afirmou que "os referidos aparelhos não possuem anuência da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)"; que "os aparelhos causam prejuízo ao consumidor porque são utilizados apenas para controle de danos, o que beneficia diretamente o réu em detrimento do cidadão usuário dos serviços"; e "que no mínimo 30 (trinta) dias de comunicação aos consumidores sobre a alteração dos padrões internos de medição para os padrões externos de medição, conforme definido no art. 81/Aneel/2010 78 da resolução".

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi abordado um breve histórico do setor energético brasileiro, além de um histórico das tarifas energéticas no Brasil e o direito do usuário de energia, para que fosse possível compreender o que trata o CDC a respeito do consumidor de energia e a distribuidora Não há dúvida de que as partes no contrato de eletricidade, nomeadamente o concessionário e o utilizador, enquadram-se nos conceitos de "fornecedor" e "consumidor" do Código do Consumidor. Isso porque os usuários do serviço público, no caso a energia elétrica, podem e devem ser considerados "consumidores" do serviço, pois utilizam o serviço público como destinatário final (art. 2º do CDC, per capita). As empresas afretadas que prestam serviços públicos, nomeadamente o fornecimento de energia eléctrica, enquadram-se no conceito de "fornecedores" porque distribuem e comercializam regularmente os seus serviços a um número indeterminado de pessoas e recebem uma remuneração porque os seus utilizadores pagam pelo fornecimento. O serviço e a atividade Também para lucro. Portanto, a relação existente entre as duas partes constitui, na verdade, uma relação de consumo.

Fora possível também é possível observar o impacto da Covid-19 no setor elétrico brasileiro e avaliar uma mudança significativa no consumo de energia. O consumo de energia no setor industrial e comercial caiu 26% em relação ao ano anterior, segundo o ONS. Além disso, ao comparar os dados da curva de demanda horária de abril antes e depois da pandemia, observou-se uma mudança no perfil de consumo dos clientes residenciais, sendo encontrado um pico de consumo em 2020 devido ao aumento da demanda.

O consumo residencial concentra-se principalmente no período noturno, mas principalmente procurou-se observar as medidas tomadas pelos órgãos reguladores, como a criação da Conta-Covid e elaboração da RN 878/2020. A chamada Conta-Covid definiu os critérios propostos pelo grupo bancário liderado pelo BNDES para conceder empréstimos aos lojistas para aliviar o bolso dos consumidores e garantir o fluxo de caixa das empresas para minimizar os efeitos da pandemia. A Resolução Normativa 878/2020 visava proteger os pequenos consumidores, evitando interrupções no fornecimento de energia por falta de pagamento, postergando revisões tarifárias e priorizando serviços considerados essenciais. Tal medida auxiliou diversas famílias em tal período. O objetivo principal deste artigo visava observar a Amazonas Energia e a Lei Estadual nº 5.797/2020, pois ela está relacionada a um problema que atinge diversas pessoas da cidade de Manaus, até janeiro de 2020, segundo levantamento do TJAM (Tribunal da Amazônia), foram movidas 12.454 mil ações contra a Amazonas Energia processos judiciais e em consulta datada de outubro de 2022 existiam ainda 518 ações ainda em aberto contra a concessionária.

Essa pesquisa visava observar de que forma a lei pode auxiliar o consumidor, haja vista muitas pessoas foram prejudicadas pelas ações da Amazonas Energia, a lei nº 5.797 que obriga as concessionárias e permissionárias dos serviços de fornecimento de energia e água a notificar previamente o consumidor, por meio de carta com Aviso de Recebimento, tornou-se importante para que o consumidor possa ficar atento às medidas, tarifas e demais trabalhos realizados pela concessionária, haja vista que tais fatos não ficam claros nas contas de energia, baseando-se na falta de correspondência exata entre os valores cobrados e o valor da utilidade individualmente fruída pelo consumidor seria inadmissível à luz dos arts. 39, I e V, e 51, IV, do CDC, mas plenamente justificável em razão da solidariedade social que preside a prestação de serviços públicos. Dessa forma, pode-se afirmar que nota-se a importância da lei em favor do esclarecimento ao consumidor das taxas e cobranças, exigindo clareza da concessionária, contudo, observou-se ainda que carecem de artigos, teóricos que tratem do direito do consumidor voltado para as tarifas energéticas, dessa forma sugere-se que mais pesquisadores possam adentrar nessa temática para também auxiliar os demais consumidores para uma maior compreensão de seus direitos.

8 REFERÊNCIAS

ANEEL. Bem-vindo à ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica, 201-. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/a-aneel>>. Acesso em 2 de outubro de 2022.

ANEEL. Resolução Homologatória 2413/2018: Homologa o resultado do Reajuste Tarifário Anual de 2018, as Tarifas de Energia - TE e as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD referentes à Energisa Tocantins - Distribuidora de Energia S.A. - ETO, e dá outras providências. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/asp/textos_main.asp?codigo=187038&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0>. Acesso em 2 de outubro de 2022

ANEEL. Resolução Normativa N 414, de 9 de setembro de 2010: Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.2010.

ANEEL. Cartilha - Por dentro da conta de energia. Agência Nacional de Energia Elétrica. 2016.

ANEEL. Entendendo a Tarifa. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2017. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa>>. Acesso em 2 de outubro de 2022.

ANEEL. Regulação do Mercado de Energia Elétrica. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2018. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/mercado-de-eletricidade>>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

ANEEL, ANEEL prorroga até 31 de julho medidas para garantir segurança na distribuição de energia. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-prorroga-ate-31-de-julho-medidas-para-garantir-seguranca-na-distribuicao-de-energia/656877?inheritRedirect=false>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

ANEEL, ANEEL regulamenta Conta-covid para injetar liquidez no setor e amortecer aumento nas tarifas. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-regulamenta-conta-covid-para-injetar-liquidez-no-setor-e-amortecer-aumento-nas-tarif-1/656877/pop_up?_101_INSTANCE_zXQREz8EVIZ6_viewMode=print&_101_INSTANCE_zXQREz8EVIZ6_languageId=pt_BR>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

ANEEL, **RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 878, DE 24 DE MARÇO DE 2020**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-n-878-de-24-de-marco-de-2020-249621270>>. Acesso em 12 de outubro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências, 1996.

BRASIL. LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências., Brasília, DF, ago 1997.

CARTAXO, E. F. ; VALOIS, I. ; JESUS, S. S. ; FIGUEIREDO, Carlos Alberto . **Estudo do potencial de eficiência energética relacionado às perdas de água no setor de saneamento básico do sistema Manaus/AM.** In: X CONGRESSO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO ENERGÉTICO, 2016, Gramado/RS. ANAIS DO X CBPE, 2016.

CCEE. **Com quem se relaciona. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica**, 201-. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde_atuamos/com_quem_se_relaciona?_adf.ctrl-state=67om9yez7_1&_afLoop=730913150136516#!%40%40%3F_afLoop%3D730913150136516%26_adf.ctrl-state%3D67om9yez7_5>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

CHEN, S., Igan, D., Pierri, N., Presbitero, A. F. (2020). **Tracking the Economic Impact of COVID-19 and Mitigation Policies in Europe and the United States.** Working Paper. International Monetary Fund

Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=5163&ano=2004&ato=336kXRU5keRpWT468>; Acesso em: 01 de outubro de 2022.

FIGUEIREDO, Carlos Alberto ; CARTAXO, E. F. ; SILVA, E. P. . **Contribuições para o Desenvolvimento de Políticas de Desenvolvimento, com Impactos Energéticos no Sistema Isolado do Estado do Amazonas.** In: AGRENEER, 2003, Campinas. 4o. Encontro de Energia no Meio Rural. Campinas160: UNICAMP, 2002. v. 1. p. 160-170.

FUGIMOTO, Sérgio Kinya, **Estrutura de tarifas de energia elétrica: análise crítica e proposições, metodológicas** / S.K. Fugimoto. -- ed.rev. -- São Paulo, 2010. 195p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Justiça determina que Amazonas Energia suspenda implantação de novo sistema de medição por entender violação ao direito do consumidor.** 21 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/5393-justica-determina-que-amazonas-energia-suspenda-implantacao-de-novo-sistema-de-medicao-por-entender-violacao-ao-direito-do-consumidor>. Acesso em 31 de outubro de 2022.

REIS JUNIOR, Elival Martins dos. **Avaliação do programa “Luz para todos” no Estado do Amazonas sob o aspecto da qualidade da continuidade do serviço de energia elétrica.** 2015. 144f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Recursos da Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2015. Disponível em <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/4731>. Acesso 26 de outubro de 2022.

RELATÓRIO DE ADMINISTRAÇÃO 2020- AMAZONAS ENERGIA. 2020. Disponível em: <https://website.amazonasenergia.com/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio-Administracao-2020.pdf>. Acesso 26 de outubro de 2022.

RISKALLA, F. F. **Migração para o Mercado Livre de Energia:** estudo de caso. Rio de Janeiro: 2018.

SALINAS, N. S. C. **As Agências Reguladoras Federais E A Pandemia Do Coronavirus:** subtítulo do artigo. I Encontro Virtual Do Conpedi: n. 1, p. 322-324, jun./2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/ybO04608rdLb39ph>.pdf. Acesso em: 16 de outubro de 2022.

SOARES ,Ricardo Maurício Freire. **A Proteção Constitucional dos Direitos Fundamentais do Consumidor.** Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor nº 20–Abr/Maio de 2008 < <http://piauihp.com.br/?p=105>>

SOUSA, Gabriela de. **Mercado livre de energia: um estudo comparativo.** 52 f. Monografia (Graduação) - Engenharia Elétrica, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019.

TÁCITO, C. **Evolução das Concessões de Energia Elétrica no Brasil.** Primeiro Seminário Nacional de Direito da Energia. Rio de Janeiro. 1984.

OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS E GARANTIA FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LUCAS MELO SANTOS: Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP e graduado também pela PUC-SP

Resumo: Este artigo possui como objetivo central compreender os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, bem como abordar os conflitos existentes entre eles, de modo a preservar a rigidez e os interesses constitucionais. Para isso, a análise compreenderá as restrições dos direitos e garantias fundamentais, os conflitos entre os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, a regra da proporcionalidade como forma de solução dos conflitos, bem como a argumentação jurídica.

Palavras-Chave: Constituição Federal de 1988. Direitos e Garantias Fundamentais. Restrições. Conflitos. Regra da proporcionalidade. Argumentação jurídica.

Abstract: This article has as its main objective to understand the fundamental rights and guarantees in the Federal Constitution of 1988, as well as to address the existing conflicts between them, in order to preserve the analysis will understand the restrictions of fundamental rights and guarantees, the conflicts between the fundamental rights and guarantees in the Federal Constitution of 1998, the rule of proportionality as a way of resolving conflicts, as well as the legal arguments.

Keywords: Federal Constitution of 1988. Fundamental Rights and Guarantees. Restrictions. Conflicts. Proportionality rule. Legal arguments.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar os conflitos entre Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Para isso, o trabalho abordará as restrições dos direitos e garantias fundamentais, os conflitos existentes entre Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988, a regra da proporcionalidade como forma de resolução dos conflitos, bem como da argumentação jurídica.

O tema de pesquisa do presente artigo possui grande relevância para o atual contexto social, político e jurídico do Brasil, a se observar que, por meio da Pandemia COVID-19, anunciada e assim conceituada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), os cidadãos brasileiros foram privados de usufruir de alguns de seus direitos e garantias fundamentais, a fim de preservar outros, no momento, mais relevantes.

2. AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Não existe direito sem restrição. Não há no ordenamento jurídico brasileiro sequer um direito absoluto. Por exemplo, o direito à liberdade é assegurado à todos, de acordo com o que estabelece Art. 5º *caput* da Constituição Federal³¹⁸, mas é excepcionado em caso de prisão.

Nesse sentido, conforme assegura Robert Alexy³¹⁹, o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de restrição e existência. De um lado o direito existe e, de outro, ele é restrito a outro, mas essa relação é criada somente a partir da exigência, *externa* ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos (leia-se, pessoas naturais e jurídicas), bem como direitos individuais e coletivos.

De todo modo, importante esclarecer que o conceito de restrição não se confunde com cláusula restritiva. Nas palavras de Robert Alexy³²⁰, restrição pertence à perspectiva do direito, enquanto a cláusula restritiva pertence à perspectiva da norma. Isso quer dizer que a restrição envolve os institutos jurídicos propriamente ditos, por exemplo, em determinamos casos, o direito à vida pode se sobrepor ao direito de ir e vir, conforme, por exemplo, a quarentena decretada no Estado de São Paulo, por meio do Decreto n. 64.881 de 22 de março de 2020, em virtude do COVID-19.

Por outro lado, a cláusula restritiva é uma restrição vinculada a norma propriamente dita, como é o caso do Art. 34 da Constituição Federal³²¹, ao disciplinar que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, *exceto* para manter a integridade nacional (Art. 34, inciso I, da Constituição Federal), dentre outras hipóteses elencadas nos demais incisos. O vocábulo *exceto* desempenha, no caso do mencionado artigo, uma cláusula restritiva.

No entanto, as normas de direitos e garantias fundamentais, geralmente, não possuem cláusulas restritivas. Para ilustrar isto, temos o Art. 5º *caput* da Constituição

318 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

319 ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277

320 ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286

321 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para (...)

Federal³²² que assegura que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção (princípio da igualdade). O mencionado dispositivo, por tratar de direito fundamental, diz respeito àquilo que a norma garante *prima facie*, em outras palavras, sem considerar as possíveis restrições. Ou seja, não há, como é o caso do exemplo trazido, cláusula restritiva ao direito e garantia fundamental – o que não significa dizer que não há restrição a direitos e garantias fundamentais, pelo contrário, conforme visto, todo direito pressupõe uma restrição. Com os direitos e garantias fundamentais não é diferente, inclusive, todo conflito leva a uma restrição, de modo a preservar um em detrimento do outro, a depender do caso concreto.

Assim, tendo em vista que o presente trabalho estuda os conflitos entre os direitos e garantias fundamentais, não será abordado com maiores detalhes as cláusulas restritivas, mas sim as restrições em virtude dos conflitos, sendo que estas vislumbram-se no direito como um todo e não na excepcionalidade veiculada na própria norma de direito (cláusula restritiva).

As restrições de direitos e garantias fundamentais, ou seja, àquilo que leva a uma exclusão da proteção do direito fundamental, pode se dar de duas formas. A primeira são as restrições diretamente constitucionais e a segunda são as restrições indiretamente constitucionais (infraconstitucionais).

Tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais são normas e princípios estabelecidos na Constituição, suas restrições só se podem dar por normas constitucionais ou por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, em outras palavras, àquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer. Nesse sentido, as restrições por normas constitucionais são o que foi chamado acima de restrições diretamente constitucionais, enquanto as restrições por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição são as restrições indiretamente constitucionais.

Tendo vista que o núcleo deste trabalho consiste no estudo dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais, será exposto mais a frente as restrições diretamente constitucionais e não pelas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, de modo que o conflito entre direitos e garantias fundamentais, como vimos acima, pressupõe a existência de mesma hierarquia constitucional entre as normas aqui abordadas.

³²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

Superada tal distinção, cumpre destacar que há autores que não adotam tal teoria no mesmo estudo, aplicando, para diferenciar as restrições, a teoria *interna* e a *externa*, como é o caso do professor Virgílio Afonso da Silva³²³.

Na concepção dele³²⁴, a teoria *interna* de restrição de direitos e garantias fundamentais é, em resumo, os limites impostos pelo próprio direito imanente, ou seja, a limitação do direito não é por meio de outro, mas sim por ele mesmo, daí a origem de limite *interno*. Ou seja, o direito ao exercício do instituto acaba quando começa o abuso dele. Nesse sentido, conforme destaca Virgílio Afonso da Silva³²⁵, a fixação desses limites, por ser um processo *interno*, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

Por outro lado, a teoria *externa* expõe justamente o oposto, ou seja, que os limites do exercício dos direitos e garantias fundamentais são vistos quando, no exercício deles, se conflitam com outros. Assim, a limitação é *externa*, de modo que o exercício do direito acaba quando se inicia o outro.

No entanto, a teoria *interna* apresentada e estudada por grandes doutrinadores, como o próprio Virgílio Afonso da Silva, não é outra senão a teoria *externa*. Veja-se.

Os limites imanentes dos direitos e garantias fundamentais não seriam vistos como abusos em seu exercício caso não existissem outros direitos e garantias do mesmo patamar hierárquico/constitucional. Ou seja, a justificativa da teoria *interna*, como visto, é que o direito se restringe por ele mesmo, em outras palavras, quando ele passa a ser utilizado de maneira diversa da que foi destinado. No entanto, no caso dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que eles são genéricos e até conceituados como princípios, suas restrições não são especificadas em lei, portanto, não há outra forma para restringi-lo senão por meio da existência de outros institutos do mesmo patamar hierárquico/constitucional. Em outras palavras, só haverá a existência de abuso no direito e garantia fundamental se ele conflitar com outro, por isso, inexistente teoria *interna* que não se fundamente na *externa*.

Neste aspecto, entende Robert Alexy³²⁶ que, uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for

323AFONSO da Silva, Virgílio, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 127

324AFONSO da Silva, Virgílio, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 127

325AFONSO da Silva, Virgílio, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 127

326ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296

atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão, o que reafirma o posicionamento deste trabalho de que a teoria *interna*, em seu núcleo, se fundamenta na teoria *externa*, pois há um restrição por meio de um conflito que é resolvido pela atribuição de um peso maior a um em detrimento do outro.

Nesse sentido, à título de ilustração, o STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 71.373327, por maioria dos votos, entendeu que, em que pese o direito a reconhecimento da paternidade, a condução forçada de indivíduo à realização de exame de verificação de paternidade viola os princípios da dignidade, da integridade física, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade. Ou seja, o direito ao reconhecimento da paternidade, por si só, não aborda seus limites na aplicação, devendo-se verificar sua restrição a aplicabilidade no caso concreto, o que afasta o fundamento da teoria *interna*.

E não é só. O STF no julgamento da Reclamação QO n. 2040-1328, que foi apresentada em razão de suposto estupro cometido por agentes da Polícia Federal, deferiu, no mérito, a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da suposta vítima do estupro para verificar se houve ou não estupro pelos agentes da Polícia Federal. Tal decisão, como se nota, afronta o princípio à intimidade, à intangibilidade corporal e a dignidade da pessoa humana, para assegurar o direito a honra dos agentes, o que mais a frente foi verificada, tendo em vista que os exames concluíram pela negativa da paternidade pelos policiais federais. Logo, também neste caso, o STF não utilizou em sua decisão a teoria *interna*, de modo que fez prevalecer no caso concreto o sopesamento entre direitos fundamentais, utilizando-se, portanto, da teoria *externa*.

Diante disso, não há como se falar em abuso no exercício de direito fundamental (teoria *interna*), sem manusear outros direitos no caso concreto. Portanto a teoria *interna*, em seu núcleo, se fundamenta na teoria *externa*.

Em que pese os conflitos doutrinários no estudo das restrições à direitos e garantias fundamentais existam, o que é imprescindível para seu desenvolvimento e amadurecimento jurídico, a restrição destes direitos é existente e não há posicionamento doutrinário que a negue. Posto isso, passa-se a estudar os conflitos na Constituição Federal de 1988, bem como as formas de resolução, incluindo, mas não se limitando, a regra da proporcionalidade e a argumentação jurídica.

327Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.373/RS. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Lex: Diário da Justiça da União, DJU. Disponível em: <http://www.stf.gov.br%3e/>

328Supremo Tribunal Federal. Reclamação QO n. 2040-1/DF, rel Min. Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RclQO.SCLA.%20E%202040.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 de agosto de 2010

3.OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Feitos os esclarecimentos acima, vinculados e necessários para entender os conflitos entre os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, cumpre, neste momento, estudar os conflitos propriamente ditos.

A princípio, importante consignar que não é o objetivo deste trabalho – tampouco deste capítulo - apresentar todos os conflitos existentes entre os direitos e garantias fundamentais, até porque eles, *grosso modo*, são inúmeros, mas sim entender o motivo pela qual eles se originam. A partir deste entendimento, não será difícil, no caso concreto, vislumbrar sua existência e a partir dela, os métodos de resolução.

Para tanto, cumpre destacar que os conflitos entre direitos e garantias fundamentais decorrem das restrições diretamente constitucionais, tendo em vista que estas vinculam normas do mesmo patamar hierárquico, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que elas estão, via de regra, veiculados na Constituição Federal.

Suzana de Toledo Barros, após estudar os conflitos, chega à conclusão, citando Robert Alexy, de que a existência de limites imanentes decorre, em última análise, do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais e de seus efeitos considerados dentro do sistema jurídico³²⁹. Nesse sentido, os princípios (leia-se: direitos e garantias fundamentais) poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, o que expõe, justamente, a capacidade de serem sopesados. Por isso, como alternativa ao sopesamento e à ideia de restrição a direitos fundamentais que os limites imanentes são concebidos³³⁰.

Pelos limites imanentes se afirma que cada direito apresenta limites lógicos (imanentes) oriundos da própria disposição que o prevê. Assim, os limites são contidos no próprio direito. Nas palavras de Canotilho: "*(...) os chamados 'limites imanentes' são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia*"³³¹. Tal ponderação pode ser realizada por meio da regra da proporcionalidade.

Os conflitos, por sua vez, surgem em virtude dos direcionamentos opostos dos direitos. Por exemplo, enquanto o direito a informação e a publicidade busca a

³²⁹BARROS, Suzana de Toledo, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais – Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 170

³³⁰AFONSO da Silva, Virgílio, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165

³³¹CANOTILHO, Gomes, Direito Constitucional e teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1941, p. 1148

transparência, o direito a privacidade busca assegurar que não se pode violar determinadas informações da e sobre a pessoa. Tais direitos, como se pode deduzir, em determinadas circunstâncias, podem conflitar. Seja qual for o mecanismo de solução do conflito, sempre haverá a restrição do exercício de um, em detrimento do outro, pois, conforme visto, o direito fundamental, seja qual for, não é absoluto em sua totalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso³³², nesse sentido, ensina que a colisão entre princípios constitucionais (leia-se: direitos e garantias fundamentais, pois, reforçando, os direitos e garantias fundamentais, para fins deste trabalho, são princípios) decorre do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Ainda nas palavras do Ministro, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.

Portanto, todos os conflitos entre direitos fundamentais devem ser resolvidos entre os próprios direitos fundamentais, a dizer que, uma norma constitucional não pode, em qualquer hipótese, se sobrepor a uma norma de ordem fundamental e esta, só pode se sobrepor a outra norma de direito fundamental, se respeitado o princípio da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade dialoga, justamente, com a teoria *externa*, acima defendida, e para Humberto Ávila, ela é a estrutura para aplicação das outras normas, o que ele chama de *postulado normativo aplicativo*³³³. Portanto, pode-se verificar que a proporcionalidade, além de ferramenta dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais, é também regra utilizada para preservar a rigidez do direito fundamental. Assim, nota-se que a regra da proporcionalidade é elemento indispensável para balança no sopesamento entre os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, os esclarecimentos até aqui feitos são apenas introdutórios ao que se considera necessário antes de se entender os conflitos propriamente ditos, sendo que será verificado apenas o motivo dos conflitos originarem-se (restrições) e o que são os conflitos. Mas, para entender os conflitos, é preciso se socorrer da jurisprudência, de modo que, no caso concreto, os conflitos são ilustrados de maneira mais clara.

Não são raros os exemplos de casos no judiciário que envolvam direitos e garantias fundamentais, fazendo com que prevaleça um desses direito em detrimento do outro. No

³³²BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo modelo, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 410

³³³ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, 21ª Ed, São Paulo: JuPodivim, 2022. p. 88.

STF não é diferente, em recente decisão do RE 638360334, o STF entendeu, em face colisão entre a garantia da liberdade de expressão e comunicação e o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privado, que a liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos. Portanto, neste caso, houve uma restrição ao direito à informação na busca de preservar o direito a privacidade (sigilo de determinadas informações).

Outro caso interessante, refere-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais 335, em colisão entre o direito de liberdade de expressão, à honra e à vida privada,

334EMENTA Agravos regimentais em recursos extraordinários. Recursos submetidos ao regime do CPC/73. Agravo regimental interposto por Infoglobo Comunicações Ltda. e outros. Intempestividade. Agravo regimental interposto por Globo Comunicação e Participações S/A e outros. Direito Constitucional. Liberdade de imprensa. Divulgação de conversas gravadas obtidas por meio de interceptação telefônica. Suposta colisão entre a garantia da liberdade de expressão e comunicação e o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos. Impossibilidade. 1. Infoglobo Comunicações Ltda. não observou o prazo cinco dias previsto no art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal quando da interposição de seu agravo. 2. Possibilidade de empresa jornalística publicar conversas telefônicas interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, as quais foram mantidas entre o agravado e outras pessoas, a cujo conteúdo a empresa teve acesso. 3. A liberdade de informação jornalística se justifica em razão do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, ao direito de ser informado, desempenhando a referida garantia uma função social ímpar, motivo pelo qual deve ser exercitada de forma livre e desembaraçada. 4. Muito embora nossa Magna Carta traga garantias assecuratórias da liberdade de informação jornalística, ela elenca também as balizas ao exercício dessa liberdade, no § 1º do art. 220, que enumera as normas prescritas no próprio texto constitucional, no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV (livre manifestação do pensamento e vedação ao anonimato; direito de resposta; possibilidade de indenização por dano à imagem; respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; livre exercício de trabalho, ofício ou profissão; direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional). 5. Consignou-se, no acórdão recorrido, que a informação em questão, objeto do pedido de impedimento de divulgação, foi obtida mediante a prática de ilícito penal, por interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores, em flagrante desrespeito ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas. Vê-se, portanto, que não se trata de hipótese habitual de confronto entre liberdade de informação e direitos da personalidade. 6. O controle judicial perpetrado na origem não constituiu censura prévia à informação, mas apenas garantiu que fosse assegurado o sigilo das comunicações telefônicas, uma vez verificada ofensa à liberdade de comunicação alheia. Assim, o cerne da questão posta nos autos não está concentrado na proibição de divulgação das informações e na liberdade de imprensa, bem como na inviolabilidade à intimidade, mas sim na ilicitude perpetrada quando da obtenção do produto objeto da notícia. 7. A liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos. 8. Agravo regimental interposto por Infoglobo Comunicações Ltda. do qual não se conhece. 9. Agravo regimental interposto por Globo Comunicação e Participações S/A ao qual se nega provimento

(STF – AgR-segundo RE: 638360 RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Min DIAS TOFFOLI, Data do Julgamento: 27/04/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-131 28-05-2020)

335EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À HONRA E À VIDA PRIVADA. LEI DE COLISÃO E DE PONDERAÇÃO. HOMEM PÚBLICO. RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESPONSABILIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO. EXERCÍCIO ABUSIVO. NEGAR PROVIMENTO - Qualquer colisão entre a liberdade de manifestação de pensamento, e o direito à honra, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, levando em consideração os interesses envolvidos. - O direito à informação possui limitações tanto nas garantias individuais quanto no compromisso com a verdade. O informante é assegurado emitir opiniões e fazer críticas, ainda que desfavoráveis, contra qualquer pessoa ou autoridade, exigindo-se, no entanto, que a narrativa esteja fundada em fatos verossímeis. - Na hipótese de os fatos noticiados serem desprovidos de veracidade ou, ainda, revelarem intuito de difamar, injuriar, caluniar outrem, deve o informante ser responsabilizado pelos danos decorrentes da sua conduta excessiva. - "In casu", o Agravante devassou a imagem do Agravado, desrespeitando os direitos consagrados na constituição, isto

que entendeu que a liberdade de expressão deve ser exercida sob a égide da veracidade e sem excessos, de modo que no caso apresentado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) entendeu que isso não ocorreu, devendo prevalecer o direito à honra e à vida privada da vítima.

Deste modo, o que se percebe é que a análise para sopesamento depende do caso concreto e a solução para o conflito sempre será por meio da restrição de um em benefício ao exercício do outro.

4.A REGRA DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme visto, os conflitos entre direitos e garantias fundamentais decorrem do pluralismo entre tais direitos, ou seja, da diversidade de valores e de interesses que a Constituição Federal abriga e que, por sua vez, é o reflexo dos valores preservados pela sociedade, ou, ao menos, deveria ser. Neste momento, portanto, é preciso estudar a regra da proporcionalidade como forma de solução destes conflitos.

Ato contínuo, conforme já extensamente exposto, os direitos e garantias fundamentais são princípios, pois trata-se de uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, servem de base para criação de outras normas e perduram no tempo. A regra da proporcionalidade não segue essa lógica, de modo que ela tem uma estrutura de regra, impondo um dever definitivo, ou seja, sua aplicação não está condicionada as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, tampouco serve de base para criação de normas, sendo sua aplicação feita no todo, pois, afinal, é uma regra.

Em sentido amplo, a regra da proporcionalidade é a regra fundamental a que deve obedecer, tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Ou seja, a regra da proporcionalidade é o instituto que busca estabelecer um denominador comum a mais de uma norma ou princípio.

O professor Paulo Bonavides³³⁶, destaca que a regra da proporcionalidade pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma

porque, foram veiculadas informações difamatórias com o objetivo de prejudicar a honra do Agravado, o que lhe ocasionou ofensa e constrangimento.

(TJ-MG – AI: 10000150700391002 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 30/03/2016, Câmaras Cíveis / 16 CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/03/2016)

336BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 402.

intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso. Adiante, ainda conforme ensina Paulo Bonavides³³⁷, acrescenta que, além do fim e meio, a regra da proporcionalidade observa a situação, ou seja, a regra da proporcionalidade estuda uma relação triangular, entre fim, meio e situação.

Ademais, a regra da proporcionalidade conta com três elementos. O primeiro é a pertinência ou aptidão, pela qual se examina a conformidade ou a validade do fim para aplicação da norma. O segundo elemento é a necessidade, pelo qual a medida aplicativa da norma não há de exceder os seus limites. Por fim, o terceiro elemento diz respeito a própria proporcionalidade *stricto sensu*, que consiste no meio pelo qual entendeu-se proporcional a aplicação de determinado princípio ou norma.

Neste sentido, é possível verificar que a regra da proporcionalidade é ferramenta fundamental na aplicação de um direito e garantia fundamental em detrimento da outra (conflito), pois norteia a aplicação de acordo com a base fática e métodos menos danosos ao princípio violado. Para ilustrar sua aplicação, veja-se a jurisprudência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento do AC n. 0127722-46.2019.8.21.7000338, entendeu que, na possibilidade de discussão dos direitos fundamentais, na esfera entre particulares, em face de sua eficácia horizontal, conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade na solução conflito.

Nada distante, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento do Processo n. 0001885-66.2017.8.07.0007339, em que se discutiu o conflito entre o direito à

337BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 402.

338APELAÇÃO CÍVEL E RECURSOS ADESIVOS. PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROPRIEDADE E MORADIA. EFICÁCIA HORIZONTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. I. Tratando-se de ação típica do proprietário sem posse contra o possuidor desprovido de domínio, prevista no art. 1.228 do diploma civil, a ação reivindicatória pressupõe a co-existência de 03 requisitos, quais sejam (1) prova do domínio da coisa reivindicanda, (2) individualização do bem, e (3) comprovação da posse injusta. II. Por outro lado, consistindo a tese defensiva da necessidade de resguardo da moradia dos réus, que se encontram no imóvel há 22 anos e na posse do qual foram imitados após o pagamento do preço à empresa estelionatária, que os transferiu, de fato, o registro da propriedade, por meio de escritura pública posteriormente anulada pelo Poder Judiciário -, extrai-se a existência de colusão entre direitos fundamentais. III. Possibilidade de discussão dos direitos fundamentais, na esfera entre particulares, em face da sua eficácia horizontal, que conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade na solução do conflito. IV. Acolhimento do pedido subsidiário deduzido pela parte autora, a fim de que a obrigação dos réus de restituir o imóvel seja convertida em indenização, conforme autoriza o Art. 816, caput e parágrafo único, do CPC. V. Prejudicialidade do mérito dos recursos adesivos, que visavam à indenização pelas acessões e benfeitorias. Deram parcial provimento ao apelo e julgaram prejudicados os recursos adesivos. Unânime.

(TJ-RS – AC: 70081558132 RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Data do Julgamento: 12/06/2019, Vigésima Câmara Cível, Data da Publicação: 26/06/2019)

339APELAÇÕES CÍVEIS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA RECORRIDA. CONHECIMENTO PARCIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. DANO MORAL. DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO À HONRA E À IMAGEM. COLISÃO DE DIREITOS

informação, à honra e à imagem, sedimentou entendimento que o melhor instrumento para resolução do conflito é a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Portanto, o que se percebe é que a regra da proporcionalidade é o principal instrumento para solução dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais, na maneira em que estabelece as diretrizes para solução, compreendendo o devido em equilíbrio, para que, no caso concreto, quando um direito ou garantia fundamental for preservado em detrimento do outro, este seja analisado. Ou seja, não há que se falar na regra da proporcionalidade quando um direito ou garantia fundamental é ignorado para que se preserve outro, pelo contrário, ele é analisado e em virtude disto, é sopesado para que o outro seja aplicado, sendo que, este, para o caso concreto, melhor se amolda. Diante disso, os três elementos da regra da proporcionalidade acima analisados, buscam efetivar a pretensão fundamental do direito ou garantia veiculada na Constituição Federal.

No entanto, tendo em vista a abstração da regra da proporcionalidade, é possível afirmar que o seu preenchimento, em que pese não positivado, se dá, geralmente, por meio da argumentação jurídica, conforme verá a seguir.

FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REPORTAGEM SOBRE ILÍCITO CRIMINAL. FATO REAL DE INTERESSE PÚBLICO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ARTIGO 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Consoante o princípio da dialeticidade, compete à parte impugnar especificamente os fundamentos da decisão guerreada, apresentando os motivos pelos quais esta deveria ser revista, de modo que, se a apelante, em suas razões recursais, não refuta os fundamentos jurídicos que amparam a improcedência da pretensão inicial por ela ofertada, limitando-se a reiterar o pedido, é inviável o conhecimento do recurso quanto ao ponto. 2. Não configura cerceamento de defesa a rejeição da justificativa da ausência do advogado da parte e testemunhas em audiência, se a impossibilidade médica atestada envolve tão somente o autor da demanda, cuja presença não era imprescindível. Outrossim, se a formação da convicção do julgador é pela ausência de ato ilícito, por meio da prova documental, a prova testemunhal que visa aquilatar a extensão do dano se revela inoportuna, ante a ausência do nexo causal, não resultando em prejuízo à parte. Preliminar rejeitada. 3. Diante da colisão entre direitos fundamentais, é necessário fazer juízo de ponderação, segundo as peculiaridades da situação fática apresentada, a fim de averiguar qual direito deve preponderar, sem, contudo, esvaziar a eficácia do outro direito. 4. A ponderação entre os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem e os direitos à informação, à livre manifestação do pensamento e ao livre exercício da atividade comunicativa é feita à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, buscando o equilíbrio entre o meio empregado e o fim buscado. 5. Do exame das provas dos autos, conclui-se que a nota jornalística veiculada limitou-se a tratar de fatos de interesse público tal como ocorreram, visto que a nota se restringiu a narrar que o empresário, também gestor público, foi apontado como um dos responsáveis por fraudes em ação penal pública, cuja decisão de primeira instância determinou o cancelamento do certame. 6. O exercício regular do direito à informação não é ato ilícito, motivo pelo qual não ficou caracterizada a responsabilidade civil dos autores da nota jornalística e do veículo de comunicação que a veiculou por quaisquer transtornos psicológicos e exposição de imagem eventualmente experimentados. 7. Apelação dos autores parcialmente conhecida, preliminar rejeitada e, no mérito, desprovida. Apelação dos réus conhecida e provida.

(TJ-DF 00018856620178070007 DF 0001885-66.2017.8.07.0007, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 05/02/2020, 1 Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/03/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

5.A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONFLITO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Feitos os esclarecimentos acima, os quais são indispensáveis para o entendimento do tema que este trabalho se propôs a analisar, oportuno, em que pese não fundamental do ponto de vista dogmático, o estudo da argumentação jurídica no conflito entre direitos e garantias fundamentais, sendo que, contemporaneamente, a argumentação jurídica, por vias retóricas, por vezes sobrepõe aos aspectos teóricos ou ela é utilizada para engrandecer a valoração de determinada norma em detrimento de outra, sob o fundamento da regra da proporcionalidade.

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica, para Robert Alexy³⁴⁰, é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. Todos os direitos, como visto, não são absolutos, logo, em todo conflito enfrentado pelo direito, para que sua valoração seja qualificada no caso concreto, a argumentação jurídica surge, afinal, o material normativo não direciona todos os rumos pelos quais o direito deve ser aplicado. Assim, pode-se ver que a argumentação jurídica surge como instrumento a aumentar ou diminuir a valoração que se dá a determinado instituto.

No campo dos direitos fundamentais a argumentação jurídica surge com maior protagonismo ainda, tendo em vista que, ao contrário das leis ordinárias, os direitos e garantias fundamentais, parte do objeto da Constituição, são genéricos e abstratos (o que é importante para que eles sejam universais, diga-se de passagem). É dizer que, quando menos positivado, maior o campo para que a argumentação jurídica transcorra. Neste ponto, cumpre verificar o que significa para a controle da decisão a argumentação jurídica. Para responder esta questão, Robert Alexy³⁴¹, propõe distinguir a base e o processo da argumentação.

A base da argumentação jurídica é o seu objeto, é dizer, a Constituição, no caso dos direitos fundamentais, enquanto o processo é o discurso de direitos fundamentais, ou seja, um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos a partir da base apresentada (Constituição). Portanto, tem-se que a base e o procedimento formam o fundamento da argumentação jurídica que, a depender do convencimento do aplicador do direito, preenche a decisão que veicula o conflito entre os direitos e garantias fundamentais.

³⁴⁰ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548

³⁴¹ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 551

Desse modo, pode-se dizer que, para além da regra da proporcionalidade, a argumentação jurídica, em que pese não positivada, também é instrumento para solução dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais, o que não impede que os dois institutos se complementem.

Portanto, se os pontos aqui trazidos estiverem corretos, a argumentação jurídica é ferramenta para resolução de conflitos legais e deve assim ser entendida e conceituada.

6.CONCLUSÃO

Para normas constitucionais de mesma hierarquia, como o caso dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista o reconhecimento pelo Estado de que os direitos de um indivíduo convivem com os de outro, em determinadas circunstâncias, haverá conflitos. Por isso, faz-se necessário a ponderação destes direitos e possivelmente o sopesamento dos valores envolvidos, em busca de conservar um sem agredir o outro, como ocorre, por exemplo, no direito de propriedade e direito ao meio ambiente equilibrado.

Nestes termos, não há direito sem restrição. Pelo contrário, no ordenamento jurídico brasileiro, todo direito leva consigo uma restrição. Desse modo, as restrições aos direitos e garantias fundamentais não são exclusividade destes, mas sim de todos os direitos veiculados no ordenamento jurídico. No entanto, a principal consequência do conflito entre os direitos e garantias fundamentais é a restrição de um em busca da preservação do outro, no caso concreto mais valoroso, ou seja, não há conflito sem restrição.

As restrições podem se dar de duas formas. A primeira são as restrições diretamente constitucionais e a segunda as restrições indiretamente constitucionais (infraconstitucionais). Tendo em vista que os conflitos entre direitos e garantias fundamentais são conflitos entre princípios constitucionais, o objetivo deste trabalho se ateve a primeira espécie de restrição.

Nesse sentido, os direitos e garantias fundamentais poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, o que expõe, justamente, a capacidade de serem sopesados. Por isso, como alternativa ao sopesamento e a ideia de restrição a direitos e garantias fundamentais, que os limites imanentes são concebidos. Pelos limites imanentes se afirma que cada direito apresenta limites lógicos (imanentes) oriundos da própria disposição que o prevê. Assim, os limites são contidos no próprio direito.

Os conflitos, por sua vez, surgem em virtude dos direcionamentos opostos dos direitos, por exemplo, enquanto o direito a informação e a publicidade busca a transparência, o direito a privacidade busca assegurar que não se pode violar determinadas

informações da e sobre a pessoa. Tais direitos, como se pode deduzir, em determinadas circunstâncias, podem conflitar. Seja qual for o mecanismo de solução do conflito, sempre haverá a restrição do exercício de um, conforme o caso concreto.

Nesse sentido, lembrando que a mesma hierarquia só é vista entre os próprios direitos e garantias fundamentais, eventual conflito deve ser resolvido utilizando os próprios direitos e garantias fundamentais, por meio da regra da proporcionalidade. Mas não é só. Para que haja necessidade do sopesamento, é indispensável que o conflito seja identificado no caso concreto, pois não há restrição se ela não for visualizada no caso concreto.

Entretanto, fato é que a regra da proporcionalidade é o instituto que busca estabelecer um denominador comum a mais de uma norma ou princípio, sendo ele o principal mecanismo de solução dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, estudando para aplicabilidade de um em detrimento do outro uma relação triangular, entre fim, meio e situação, além de nortear a aplicação de acordo com a base fática e métodos menos danosos ao princípio violado.

No entanto, tendo em vista a abstração da regra da proporcionalidade – o que é importante para valorar sua universalidade, diga-se de passagem –, é possível afirmar que o seu preenchimento, em que pese não positivado, se dá, geralmente, por meio da argumentação jurídica, que é a fundamentação jurídica por meio de questões práticas, valorando um princípio em detrimento do outro.

7. REFERÊNCIAS

AFONSO da Silva, Virgílio, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010

ALEXY, Robert, tradução Virgílio Afonso da Silva; Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, 1ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2008

ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, 21ª Ed, São Paulo: JuPodivim, 2022

BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo modelo, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015

Constituição Federal. Disponível em:
HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM

Decreto n. 64.881 de 22 de março de 2020. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.373/RS. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Lex: Diário da Justiça da União, DJU. Disponível em: <http://www.stf.gov.br%3e/>

Supremo Tribunal Federal. Reclamação QO n. 2040-1/DF, rel Min. Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RclQO.SCLA.%20E%202040.NUME.&base=baseAcordaos>

ANÁLISE DE CUSTOS: A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES E SUAS VANTAGENS

IOHAN AUGUSTO DE OLIVEIRA PEREIRA:
Graduando em Ciências Contábeis (FEF -
Fernandópolis, SP)

GUILHERME FEDERISSI DOS SANTOS

JOÃO VICTOR MENDES VOLPI

(coautores) ³⁴²

DANIELA BORELI³⁴³

(orientadora)

ROGERIO DE JESUS RIBEIRO³⁴⁴

(coorientador)

RESUMO: A contabilidade de custos surgiu da necessidade de avaliar os estoques em uma indústria que se desenvolveu na era do mercantilismo como uma importante base estrutural para as empresas empresariais. Para gerenciar custos e preços, é necessário entender alguns conceitos relacionados. À medida que isso progrediu e o custeio melhorou, a contabilidade de custos começou a desempenhar um papel importante dentro de uma organização, informando a contabilidade gerencial e os processos de tomada de decisão. Diante da atual conjuntura global volátil e competitiva, tem-se observado que os métodos de custeio devem auxiliar os gestores a controlar e gerenciar o custo de seus produtos. Apesar de sua importância e pouco conhecido no mundo, esses métodos são utilizados na prática corporativa. Existem muitas formas de custeio que podem ser aplicadas, métodos que podem ser usados para calcular o custo de um determinado produto ou serviço. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica que é a exploração ou revisão de trabalhos editados relacionados à teoria que rege o trabalho científico, que exige empenho, estudo e análise do pesquisador que realiza o trabalho científico, e visa coletar e analisar textos editados para subsidiar o trabalho científico, com o tema análise de custos e a importância de sua utilização nas organizações e suas vantagens. Conclui-se que a

342 Graduandos em Ciências Contábeis (FEF - Fernandópolis, SP)

343 Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais,
Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF.

344 Mestre em Engenharia de Produção - UNIARA, Graduando em Direito - FEF,
Professor Universitário FEF.

análise de custos mostra como está o desempenho da produção e auxilia os gestores da empresa a montar novos planos de melhoria.

Palavras-chaves: custo, preço, produto, estoque, lucro

ABSTRACT: Cost accounting arose from the need to value inventories in an industry that developed in the era of mercantilism as an important structural basis for entrepreneurial firms. To manage costs and prices, you need to understand related concepts. As this progressed and costing improved, cost accounting began to play an important role within an organization, informing management accounting and decision-making processes. Given the current volatile and competitive global situation, it has been observed that costing methods should help managers to control and manage the cost of their products. Despite their importance and little known in the world, these methods are used in corporate practice. There are many forms of costing that can be applied, methods that can be used to calculate the cost of a particular product or service. A bibliographic research was carried out, which is the exploration or review of edited works related to the theory that governs scientific work, which requires commitment, study and analysis from the researcher who performs the scientific work, and aims to collect and analyze edited texts to support scientific work. with the theme cost analysis and the importance of its use in organizations and its advantages. It is concluded that the cost analysis shows how the production performance is and helps the company's managers to assemble new improvement plans.

Keywords: cost, price, product, stock, profit.

INTRODUÇÃO

Após a revolução industrial, com a criação de indústrias, a contabilidade de custos teve como principal função a avaliação dos estoques, que é um procedimento mais complexo do que em relação às empresas comerciais. Segundo OLIVEIRA (2008), os profissionais notam que a contabilidade de custos não é uma ferramenta simples para avaliação de estoque.

O surgimento da contabilidade de custos surgiu pela necessidade de avaliar estoques nas indústrias, por volta do século XVIII, quando aconteceu a revolução industrial e teve como base a contabilidade financeira ou contabilidade geral, que foi sendo desenvolvida na era mercantilista para servir de grande base estrutural para as empresas comerciais. (JOSÉ, 2009).

Portanto, é concebível que o método utilizado aprova ao usuário da contabilidade, analisar seus custos a fim de designa-los a seus determinados processos. De acordo com ASSAF NETO (2008), a análise de custos é imprescindível para a

determinação de lucro da organização, no controle de suas operações, pois se tem a necessidade de saber o que de fato se está fazendo e na tomada de decisões, para que a partir de então, as ações de produção e prestação de serviços sejam realizadas.

Desta forma, Leone (2009), afirma que a contabilidade de custos promove administração dos gastos, despesas e custos dentro de uma empresa. Análise de custos é uma medida muito eficaz, pois auxilia de maneira significativa a saúde financeira da instituição. E por ser tão essencial, ela deve ser feita com muito cuidado, pois pode interferir diretamente nos resultados almejados.

Segundo Wernke (2005), para gerenciar custos e preços, é necessário compreender conceitos relacionados. A classificação inadequada pode levar a decisões erradas, perdas possíveis e perdas irreparáveis. À medida que isso progrediu e o custeio melhorou, a contabilidade de custos começou a desempenhar um papel importante dentro de uma organização, informando a contabilidade gerencial e os processos de tomada de decisão.

2- OBJETIVOS

2.1- OBJETIVO GERAL

O objetivo deste trabalho é demonstrar os tipos de custeio e sua importância para o processo de tomada de decisão, operações contábeis e formação de preços.

2.2- OBJETIVO ESPECÍFICO

Os objetivos específicos deste trabalho são:

Identificar na literatura especializada e descrever os tipos de custeios que podem ser utilizadas na gestão empresarial.

Comparar os diferentes tipos de sistemas de custeio existentes.

3-METODOLOGIA

A pesquisa realizada é classificada como bibliográfica descritiva e os dados analisados e as etapas compreendem: pesquisa em livros, revistas científicas e sites. Corroborando com a ideia de TURRIONI e MELLO (2012), MARCONI e LAKATOS (2003) diz que a pesquisa descritiva busca observar e descrever os fatos sem afeta-los. Busca obter informações para gerar análises mais precisas. Todos esses dados coletados foram fundamentais para auxiliar na construção do trabalho, e fez com que o desenvolvimento fosse executado de maneira objetiva e correto.

4- MÉTODOS DE CUSTEIO E SUAS FINALIDADES

Diante da atual conjuntura mundial volátil e competitiva, observou-se que, os métodos de custeio devem ajudar os gerentes a controlar e gerenciar os custos de seus produtos. A contabilidade de custos decorre da necessidade de abordar questões e resultados de medição de estoque. Com o crescimento das empresas e a complexidade de suas atividades, a contabilidade de custos tornou-se também uma importante ferramenta na contabilidade gerencial. O mercado em constante mudança torna o processo de tomada de decisão muito mais complexo do que costumava ser. A modernização leva a um desenvolvimento cada vez mais rápido de produtos. As empresas devem melhorar seus processos para garantir maior eficiência. Eles criam uma vantagem competitiva por meio de planejamento e controle. (BERBEL, 2003)

Segundo MARTINS (2010), por mais completos e complexos que sejam os sistemas de custos, não basta ter a certeza de que uma empresa tem total controle sobre eles. No entanto, pode ser muito importante alcançar o controle, não em condições suficientes, mas em condições necessárias. Várias formas de custeio podem ser aplicadas, e esses métodos podem ser usados para calcular o custo de um produto ou serviço específico.

4.1 – MÉTODOS DE CUSTEIO

4.1.1 - CUSTEIO POR ABSORÇÃO

Segundo Martins (2010), esse método é utilizado para os registros contábeis de custos apresentados na demonstração do resultado anual (DRE) por estar de acordo com a regulamentação tributária.

Como o nome sugere, um produto ou serviço “absorve” todas as despesas classificadas como custos na determinação do seu valor. A legislação brasileira exige seu uso, e por lei devem ser incluídos no custo dos bens ou serviços vendidos (WERNKE, 2005).

Entretanto, segundo COGAN (2013), os custos e despesas indiretos são absorvidos na forma de rateio, e seu uso desordenado de acordo com os critérios adotados pode distorcer os resultados.

4.1.2 – RKW

Este método aloca o custo dos centros de custo de produção com base na mão de obra ou tempo de máquina de acordo com as taxas horárias estabelecidas. O trabalho total acumulado pelo qual o sistema divide o custo para determinar o custo unitário do centro de custo.

Segundo Vartanian (2000), a principal vantagem do método de custeio por centro de custo ou RKW é que todas as despesas incorridas na organização podem ser utilizadas sem exceção. Isso fornece informações de custo completas e conservadoras.

Segundo Martins (2010), o modelo original da RKW levava em consideração os custos de oportunidade, referentes ao retorno sobre o patrimônio líquido. Os autores supracitados destacam a utilidade do método em considerar o custo total e o compartilhamento de despesas, afirmando que este atinge um valor de “produzir e vender”, simplesmente somando os lucros necessários para obter o preço final de venda.

4.1.3 – ABC

ABC é um método de custeio desenvolvido para avaliar com precisão as atividades realizadas por uma empresa, auxiliando os gestores a entender e definir o valor exato de quanto gastar na fabricação e distribuição de um produto, ou em outros casos, no fornecimento de um serviço. Portanto, o foco da ABC está nos gastos indiretos. Esta abordagem caracteriza-se por uma atribuição mais rigorosa destes às metas de custos, o que permite um controle mais eficaz dos mesmos e um melhor suporte às decisões de gestão (LEONE, 2000).

4.2 – CLASSIFICAÇÃO DE CUSTOS

4.2.1 - CUSTOS FIXOS

Martins (2003) diz que, custo fixo é o custo com o qual uma organização deve lidar em constância de períodos. São valores independentes que são cobrados, sem levar em consideração o que se está sendo produzido. Ainda vale lembrar, segundo o autor que, esses custos, mesmo que repetidos, não são eternamente o mesmo valor, ou seja, eles sofrem modificações.

Complementando a ideia, Santos (2006) classifica custos fixos como gastos independentes de produtividade, ou seja, não está ligado ao quanto a empresa gera em vendas, independente do quanto for criado, a empresa tem que arcar com esse valor. São custos que necessários para a produção, mas que não variam de acordo com a quantidade em que se produz. Ou seja, são quantias fixas que devem ser pagas todos os meses para dar continuidade ao processo produtivo. Exemplos: Aluguel e Salários.

4.2.2 - CUSTOS VARIÁVEIS

Segundo Neves e Viceconti (2003), os custos variáveis são aqueles cujos seus valores se alteram em função do volume produzido como, por exemplo, a matéria prima consumida; se não houver produção o custo variável será nulo, os custos aumentam na medida em que se aumenta a produção. São aqueles que variam de acordo com a

quantidade de seu produto/serviço produzido. Ou seja, quanto mais se produzir maiores vão ser os meus custos atribuídos a essa categoria.

4.3- PONTOS DE EQUILÍBRIO

Além disso, de acordo com Leone (2000), a análise do ponto de equilíbrio é uma valiosa ferramenta de gestão que pode utilizar relações custo-volume-lucro variáveis para visualizar a economia das operações.

Segundo Viceconti (2003), esse tipo de análise é uma ferramenta para prever os lucros obtidos em diferentes níveis de produção e vendas, podendo analisar o efeito de mudanças nos preços de venda sobre os lucros. Segundo Leone (2001), a análise do ponto de equilíbrio apresenta algumas limitações, pois entende que os custos não se comportam de maneira uniforme ao longo da atividade.

O ponto de equilíbrio de uma empresa é o valor que ela precisa atingir para cobrir seus custos mensais. Neste ponto, a empresa não terá lucro ou prejuízo. Crepaldi (1999) afirma que, o ponto de equilíbrio contábil pode ser calculado dividindo-se custos e despesas totais pela margem de contribuição de cada produto. É muito importante que a empresa saiba seu ponto de equilíbrio e esse valor é encontrado a partir dos dados de margem de lucro, representação de vendas de cada produto, custos fixos e variáveis.

Em uma análise de ponto de equilíbrio, segundo Leone (2001), é necessário dividir os custos de uma empresa em custos fixos e variáveis, gerando informações úteis que, ao serem analisadas, responderão a diversas questões e contribuirão para a tomada de decisão - a processo de fazer, planejar e controlar.

Portanto, a análise de custos em sentido amplo visa demonstrar o caminho que deve ser seguido na prática profissional de gestão nas empresas (Santos, 2011). É necessário compreender a terminologia utilizada na classificação de custos, pois, para Wernke (2005), é necessário compreender conceitos relacionados para gerenciar custos e preços. A classificação insuficiente pode levar a decisões erradas, perdas possíveis e perdas irreparáveis.

As divergências de pensamentos não se limitam a este ponto de vista, já que alguns autores defendem o custeio por absorção até como ferramenta para tomada de decisão. Outros preferem sistemas simples para apuração dos custos, não deixando de utilizar ferramentas de controle de qualidade. Segundo Martins (2003), o sucesso de um sistema de informações depende do pessoal que alimenta e o faz funcionar.

5-CUSTOS E PREÇOS

Para gerir os preços de venda é, sem dúvida, necessário conhecer o custo de um produto, mas esta informação, embora necessária, por si só não é suficiente. Além do custo, você também precisa entender a elasticidade da demanda, o preço dos produtos concorrentes, o preço dos produtos substitutos, a estratégia de marketing da empresa e assim por diante. E tudo depende do tipo de mercado em que a empresa atua, do monopólio ou monopólio à concorrência perfeita, mercados de commodities e muito mais. (MARTINS, 2010).

Para uma boa gestão e planejamento, o planejamento é essencial. Você pode criar um plano de vendas, tentar organizar seu estoque, sua produção, definir as melhores promoções para sua empresa.

Segundo Cogan (2013), desde o início da Revolução Industrial até os dias atuais, considerando custos e, em última instância, preços, esta é uma estratégia competitiva fundamental que não invalida a necessidade de entender os custos. Mas você também precisa fazer uma análise de custos. Isso porque as estimativas de custos podem influenciar suas previsões de vendas ou outras decisões de gestão, como suspender a produção de produtos, investir em promoções para eliminar estoques.

Eles ressaltam que, a partir do momento em que a análise de custos monitora os dados da empresa, fica mais simples fazer o check-in e checkout das mercadorias. Gere informações para um processo definido, gerencie qualquer negócio, pois a partir de então, as decisões corretas do dia a dia podem ser tomadas sem comprometer a posição financeira da empresa, caso em que o sucesso ou fracasso dependerá do custo de gerenciamento do A capacidade cria e sustenta a vantagem competitiva. (WERNKE,2005).

6- IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE CUSTEIO

Segundo OLIVEIRA e PEREZ JUNIOR (2000), a contabilidade de custos atual já não executa apenas funções de avaliação de estoque, tem novas funções básicas de gestão empresarial e Informações de natureza administrativa. através do relatório Produzido pela contabilidade de custos, podemos comparar produtividade e qualidade, eles mostram aos administradores resultados consistentes, é usado para análise de desempenho e tem impacto no comportamento empresarial das empresas.

Vale ressaltar que a análise de custos não parece ser a única solução, mas como a melhor solução, existem muitas estratégias para o crescimento e lucratividade de uma empresa, porém a análise de custos é considerada essencial.

Percebe-se que a complexidade do assunto análise de custos e formação de preços não é considerada como um conjunto inestimável de ferramentas de controle e tomada de decisão, pois o maior fator considerado é a qualidade.

7-CONCLUSÃO

Uma boa análise de custos pode gerar um melhor lucro no longo prazo porque dá aos gestores confiança para entender a margem de entrada e rentabilidade dos produtos vendidos ou fabricados nas empresas. Isso porque com o auxílio da análise de custos é possível fazer uma boa comparação entre o preço de venda no mercado e os custos de produção necessários.

Dessa forma, muda a visão dos gestores sobre os negócios, pois possibilita as mudanças necessárias para garantir o aumento da competitividade e participação da empresa no mercado em que atua. Hoje em dia, face à realidade econômica do país, as empresas são obrigadas a encontrar formas de tornar o seu negócio mais rentável do que antes. Porém, para atingir esse objetivo, é preciso estar atento a todos os detalhes, e só uma boa análise de custos pode proporcionar isso.

Como custos variáveis, eles são cada vez mais fáceis de identificar. Em geral, essa análise de custos é feita de forma mais rigorosa para os custos indiretos, pois é necessário mensurá-los com alguns critérios de alocação. Você pode executar a análise de custos usando vários métodos de custeio, como custeio por absorção, RKW e ABC.

Em suma, pode-se afirmar que a análise de custos deve estar sempre relacionada ao planejamento e controle das atividades para saber se o objetivo é alcançado com a atividade pactuada e um bom lucro. Toda essa análise ajuda a orientar e definir a decisão principalmente relacionada a investimentos e financiamentos

Aparentemente existe algumas empresas que não possuem um departamento de análise de custos e formação de preços, enquanto na maioria das empresas utilizam algum tipo de método para calcular os custos, tais como: método de absorção, método variável, método padrão.

Logo, pode se afirmar que a aplicação dos métodos de análise de custos, é tão recomendada para o uso administrativo, quanto para atendimento às exigências legais da empresa, frente ao fisco. Uma atividade consiste em uma combinação de recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros para que se possa produzir bens ou serviços, ou seja, o que é necessário fundamentalmente para que o processo se concretize.

Saber administrar e distribuir custos de forma estratégica mostra a convergência de muitos fatores dentro de uma organização. Uma boa gestão permite que as organizações gerenciem melhor seus gastos.

Ao concluir, pode-se dizer que o estudo atingiu plenamente seu objetivo que era de demonstrar os tipos de custeio e a sua importância para o processo decisório e as operações contábeis, e a formação de preço.

8.REFERÊNCIAS

Assaf Neto, A; Livro: Finanças corporativas e valor. – 3. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

Berti, A; Livro: **Contabilidade e a análise de custos**. Curitiba: Juruá, 2006.

Callado, A. A. C., & Callado, A. L. C. Gestão de Custos: Apresentação de Um Modelo Quantitativo Sobre Custos Indiretos de Produção. Anais Do Congresso Brasileiro De Custos - ABC. Recuperado de <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/2771>.

GRECO, A.; AREND, L.; **Contabilidade: Teoria e Prática Básicas**. Porto Alegre - RS, Ed. Sagra Luzzatto, 1986, v. 9.

HORNBURRO, Ricardo, WEISE, Andreas Dittmar, ZAGO, Camila Avozani. **A importância do estudo de viabilidade econômica de projetos nas organizações contemporâneas**. RESEARCHGATE, 2009;. Disponível: <https://www.researchgate.net/profile/camila_zago3/publication/238742986_A_IMPORTANCIA_DO_ESTUDO_DE_VIABILIDADE_ECONOMICA_DE_PROJETOS_NAS_ORGANIZACOES_COMTEMPORANEAS.pdf>; Acessado em: 10/10/2022.

LIMAGOUVEIA, V. A.; **Modelos de custeamento e a importância da gestão de custos: estudo de uma empresa multinacional de energia**. Tese - (Mestrado em Ciências Contábeis) Faculdade de Ciências Contábeis, Rio de Janeiro, UFRJ, 2011. Acessado em: 15/06/2022.

MARQUES, José Roberto- disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/o-que-e-contabilidade-de-custo/> Publicado em 5 de janeiro de 2018. ACESSADO EM 21/05/2022.

MARTINS, E. **Contabilidade de Custos**. [S.l.]: São Paulo, Atlas S.A., 2003. v. 9.

MARTINS, E.; **Contabilidade de Custos**. [S.l.]: São Paulo, Atlas S.A., 2010. v. 10.

NEVES, Silvério das e VICECONTI, Paulo E.V.: Livro: **Contabilidade de Custos-Um Enfoque Direto E Objetivo**- AUTORES: Pg 6-7.

PEREZ JR, J. H.; OLIVEIRA, L. M.; COSTA, R. G.; Livro: **Gestão Estratégica de Custos**. São Paulo, Atlas S.A., 2006. v. 5.

REIS, Tiago – disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/custos-contabeis/publicado-em-07/08/2019>. Acessado em: 30/08/2022

SHANK, J. K.; GOVINDARAJAN, V.; Livro: **A revolução dos custos: Como Reinventar e Redefinir Sua Estratégia de Custos para Vencer em Mercados Crescentemente Competitivos**. Rio de Janeiro, Ed. Campus Ltda. 1997. v. 10.

WRIGHT, P, KROLL, M. J, PARNELL, J. Livro: **Administração Estratégica: conceitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

O PRECEDENTE LEVADO A SÉRIO: EXAME DO ENUNCIADO Nº 603 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

SENTCLAIR MARINHO DE ASSIS JUNIOR:
graduado em direito pela UnB e pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Analista judiciário e chefe de gabinete de Desembargador.

RESUMO: O Código de Processo Civil vigente impõe um sistema de precedentes ao Poder Judiciário. Isso faz com que o ordenamento brasileiro, inspirado na tradição do *civil law*, absorva institutos jurídicos pensados para o modelo de *common law*. Para que essa integração produza resultados positivos, é preciso que os atores envolvidos na formação e emprego dos precedentes atuem de forma transparente. Assim, o objetivo dessa pesquisa é demonstrar que a integração entre *civil law* e *law* é um fenômeno global e não se restringe ao Brasil. No âmbito dos precedentes, pretende-se enumerar os institutos essenciais ao manejo adequado dos precedentes e como a falta de transparência na identificação da razão de decidir (*ratio decidendi*) gera prejuízos ao sistema de justiça. O último ponto tem a finalidade de identificar a razão de decidir por trás do enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e como a falsa percepção do precedente gerou a sua má aplicação. A partir desse caso ilustrativo, será demonstrada a importância da identificação da *ratio decidendi* do precedente. Pretende-se reforçar a ideia de que é o reconhecimento da eficácia do sistema de precedentes pelos juízes que torna um precedente válido e confere unidade sistêmica ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: precedente; enunciado nº 603 da Súmula do STJ; razão de decidir (*ratio decidendi*); *civil law*; *common law*; TJDF.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A integração entre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. 2. Institutos jurídicos relacionados ao manejo do precedente. 3. O contrato de mútuo e sua relação com o problema do superendividamento. 4. O precedente por trás do enunciado no 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

Introdução

O Código de Processo Civil (CPC) vigente, desde 18 de março de 2016, tem como uma de suas principais novidades a tentativa de construir e implementar um sistema de respeito e vinculação ao precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo, segundo a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil é, em síntese, o de impedir que jurisdicionados em situações idênticas sejam submetidos a normas de conduta distintas. É evitar a perpetuação da intranquilidade entre aqueles que almejam a concretização de direitos garantidos, ao menos em tese, pelas leis e pela Constituição da República.

A partir dessa novidade, é possível dizer que o sistema processual cível brasileiro tem se aproximado das principais características tidas como típicas dos sistemas de *common law*. Por sua vez, essa aproximação vem ocorrendo há mais tempo. Entre os anos 1990 e 2000, houve uma série de alterações legislativas que podem ser ligadas, ainda que indiretamente, a esse objetivo, tais como: possibilidade de o Relator decidir monocraticamente recursos contrários à jurisprudência dominante do Tribunal (Leis 8.038/1990, 9.139/1995 e 9.756/1998); dispensa da cláusula de reserva de plenário, no controle difuso de constitucionalidade, se a questão estiver de acordo com julgado do Supremo Tribunal Federal (Lei 9.756/1998); atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas em ações diretas de controle de constitucionalidade (Lei 9.868/1999) etc.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário merece destaque nesse cenário de novidades introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro. Naquela ocasião, houve a introdução, pelo constituinte derivado, dos institutos da Súmula Vinculante (art. 103-A da Constituição Federal) e da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da Constituição Federal).

Até então, a ausência de garantia do direito fundamental à duração razoável do processo, de isonomia no tratamento de situações concretas semelhantes e o desrespeito ao princípio da segurança jurídica, de uma forma ampla, consistiam em problemas identificados e tratados apenas sob a ótica vertical das Cortes Superiores. Por isso, a tentativa de solução passava necessariamente pelo enfoque na criação de precedentes ditos vinculantes pelos Tribunais Superiores, sobretudo na seara do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ainda seguindo essa lógica de tentar desafogar a produtividade dos Tribunais Superiores, a Lei 11.672/2009 introduziu o art. 543-C ao antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), que instituiu o procedimento do recurso especial repetitivo no âmbito da competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No entanto, o efeito cascata esperado de homogeneização de entendimentos jurídicos imposto de cima para baixo, isto é, dos Tribunais Superiores em direção aos Tribunais de segunda instância e Juízes de primeiro grau, não chegou a efetivamente ocorrer da forma que se esperava.

Atualmente, é possível perceber que as tentativas mencionadas acima, em verdade, não chegaram perto de se implantar no país um legítimo sistema de precedentes judiciais que guardasse uma mínima proximidade com a funcionalidade existente nos ordenamentos mais próximos da tradição do *common law*.

O CPC atual foi sancionado como um passo dado na direção dos sistemas jurídicos de *common law*. O papel dos Tribunais Superiores foi mantido e reforçado, mediante a aplicação dos institutos já consagrados e referidos anteriormente (súmula vinculante, repercussão geral e recursos repetitivos). Como era de se esperar, as principais regras criadas com a finalidade de instaurar um sistema de orientação pelo precedente exercem maior impacto sobre os Tribunais de Segundo grau e os Juízes de primeira instância.

A esse respeito, convém destacar a criação do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ambos de competência originária dos Tribunais de segunda instância. Além disso, o Juiz de primeira instância teve seu papel, no que diz respeito ao sistema de precedentes, prescrito e delimitado de forma inédita.

A esse respeito, é elucidativa a institucionalização da observância dos precedentes emanados dos Tribunais. Quanto ao ponto, basta observar a positivação de prescrições normativas (artigos 489, § 1º, incisos IV e V, e 927, todos do CPC) que exigem do magistrado o dever de, ao fundamentar as decisões judiciais, seguir ou enfrentar os precedentes correlatos à situação jurídica subjacente ao caso examinado, fazendo a distinção (*distinguishing*), por exemplo, quando necessário.

O art. 926, *caput*, do CPC, por sua vez, enuncia as diretrizes desse sistema de precedentes, ao fixar que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente." O texto adotado foi sugerido por Lênio Streck e acolhido pela Congresso Nacional. A inspiração nas lições de do jurista e filósofo norte-americano Ronald Dworkin não é apenas aparente, tendo sido propositalmente implementada, como revela o próprio Lênio em uma sua coluna publicada em sítio eletrônico especializado no noticiário jurídico³⁴⁵.

As inspirações, a despeito de outras menções a autores do Direito comum anglo-saxônico, são claramente oriundas das principais características diferenciadoras do sistema *common law*. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro guarda, atualmente, feições híbridas, ao mesclar suas origens marcadas pelo sistema do *civil law* com traços recém-adquiridos do *common law*.

345 <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

A fusão de características de um e de outro sistema, inclusive, consiste em um fenômeno global, que vem sendo estudado por processualistas mundo afora. Dentre todos estes, convém fazer menção ao professor italiano Michele Taruffo, dada sua contribuição em recentes palestras ministradas no Brasil, além do fato de que sua obra servirá de subsídio para o esclarecimento de alguns pontos, sobretudo em relação à integração entre os modelos de *civil law* e de *common law*.

Em momento oportuno do trabalho, haverá a abordagem da desdiferenciação das características de cada um desses sistemas processuais. Para entender onde se quer chegar no Brasil com a tentativa de adoção de um sistema de precedentes, é preciso, primeiro, compreender as bases conceituais e as características que permitem, em outros países, a manutenção, com maior estabilidade, dos precedentes fixados pelos Tribunais.

A seu turno, a pesquisa aqui será concentrada em um problema prático verificado no cotidiano do trabalho de aplicação de precedentes pelos Tribunais e Juízes. Isso não quer dizer que seja o único ou o principal problema existente, senão uma opção voluntária para conduzir a pesquisa. O enfoque não se dará diretamente a respeito do emprego e dos usos da linguagem ou dos problemas hermenêuticos inerentes à aplicação de enunciados sumulares formulados em formato de regras hipotéticas.

O exame ocorrerá sob um viés pragmático e, por isso, adotará como objeto principal a aplicação do enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, o referido enunciado foi cancelado após um curtíssimo espaço de tempo em razão da confusão criada no modo como vinha sendo aplicado pelos demais órgãos judiciais. Não por acaso, antes mesmo dessa situação concreta ocorrer, alguns autores, como Daniel Amorim, já alertavam para essa possibilidade (AMORIM, 2017, p. 1315)

É verdade que apenas o cuidado com a fundamentação empregada tanto na construção dos precedentes quanto na sua aplicação não será suficiente para que um sistema baseado na orientação pelo precedente funcione de fato. A principal mudança, possivelmente, deve ser de ordem cultural e passa, sobretudo, pela correta identificação das razões de decidir do precedente (*ratio decidendi*) para que, então, ele possa ser corretamente aplicado.

Dessa forma, a pesquisa será desenvolvida dentro da temática do exame das razões de decidir (*ratio decidendi*) dos precedentes criados pelos Tribunais Superiores, com foco no enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. A partir dessa análise, pretende-se demonstrar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) tem aplicado o precedente sem fazer a devida distinção (*distinguishing*) entre os fatos jurídicos que deram origem às demandas que lhe são submetidas e aqueles que servem de suporte para a construção do já mencionado precedente.

O referido enunciado de súmula pretendia uniformizar a tese de que não se pode admitir a autotutela executiva dos bancos comerciais, ou seja, o emprego do mecanismo de desconto em conta corrente para reter dinheiro do mutuário com a finalidade de quitar uma dívida vencida e não paga no prazo inicialmente pré-estabelecido contratualmente. Esta é a questão central que o enunciado nº 603 da súmula do Superior Tribunal de Justiça tinha o objetivo de solucionar.

Ocorre que a elaboração de normas abstratas a partir de situações concretas esconde o verdadeiro precedente, que tem origem nos fatos ou na situação jurídica subjacente à causa de pedir levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Assim, o enunciado sumular, construído no formato de uma norma abstrata, acoberta a situação concreta que lhe deu origem. Esta, por sua vez, só pode ser melhor delimitada a partir dos vários julgados que se repetiram e estimularam o acréscimo de um novo enunciado à Súmula do STJ, em conjunto com os julgados posteriores que vierem a empregar a correta aplicação do precedente, integrando-o de fato ao ordenamento por meio da regra de reconhecimento de Herbert Hart.

O cenário atual, todavia, revela que os juízes e os Tribunais de segunda instância acabam aplicando os enunciados de Súmula de maneira apressada, sem adentrar ao exame das razões de decidir do precedente. O resultado é a má aplicação do precedente (ou a não aplicação do precedente), pois ele acaba sendo utilizado em casos para os quais não fora concebido, ou seja, sem a devida distinção para averiguar se realmente está sendo empregado de forma coerente e íntegra.

Sem a pretensão de querer trilhar um caminho que revele em absoluto uma solução para a correta aplicação de um precedente, o que se pretende aqui é, a partir do exame de um exemplo específico (o enunciado nº 603 da Súmula do STJ), demonstrar a importância da identificação da razão de decidir do precedente, que não é e não pode ser dada *a priori* pelo enunciado sumular, de modo que se evite a distorção da sua aplicação e a promoção da incoerência e da falta de integridade sistêmica.

Para tanto, a estrutura do trabalho contará com quatro capítulos. No primeiro, o enfoque consistirá em demonstrar que a integração entre os modelos de *civil law* e de *common law* é um fenômeno global e não se restringe ao Brasil. Em seguida, o segundo capítulo abordará institutos essenciais ao bom manejo dos precedentes, essenciais para a correta identificação da *ratio decidendi* do precedente.

A partir daí, o terceiro capítulo adentrará no exame e na elucidação de uma situação jurídica específica para ilustrar a aplicação de um precedente: a celebração de contrato de mútuo e sua relação com o superendividamento. No último ponto, essa situação jurídica já delimitada servirá para ajudar a identificar a razão de decidir (*ratio decidendi*) por trás do enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e como a falsa

percepção do precedente gerou a sua má aplicação no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

1. A integração entre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*

A proposta deste tópico não é a de promover uma comparação detalhada entre ordenamentos jurídicos de países distintos. Essa tarefa importaria mais em uma forma de justificação normativo-positivista, que não se ajusta ao objetivo da pesquisa. Além disso, a mera justaposição descritiva de dados normativos não é suficiente para revelar o funcionamento efetivo dos institutos e princípios gerais norteadores dos modelos comparados.

A ideia é conhecer melhor as principais características dos modelos de *common law*, pois “o melhor modo de conhecer o próprio ordenamento é o de conhecer outro ordenamentos” (TARUFFO, 2013, p. 12), sobretudo quando se revela clara a influência do modelo de *common law* na imposição legal (política) de um chamado sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os institutos importados do modelo de *common law* serão oportunamente apresentados em momento posterior. Antes, porém, convém apresentar de forma preliminar e superficial o significado atual do que se entende por sistema processual de *common law*, bem como se ainda subsistem diferenças substanciais em relação ao *civil law*.

A distinção clássica entre esses dois modelos de processo civil não se sustenta sem uma base de elementos culturais ou ideológicos específicos, empregada para exaltar ou desmerecer a presença de determinado valor em cada um desses dois modelos. A título de exemplo, não é válido atribuir com exclusividade ao modelo de *common law* a característica da oralidade como critério diferenciador em relação a outros modelos.

Por muito tempo a associação a essa característica serviu apenas para prestigiar o modelo de *common law* por uma suposta celeridade que seria inerente à oralidade dos atos processuais. A respeito da inclusão de atos sob a forma escrita no processo civil em países que adotam o referido modelo, o processualista italiano Michele Taruffo elucida que:

“(…) o projeto cultural consistente em tentar estabelecer – a fim de prever suas oportunidades e vantagens – quais os sistemas marcados pela oralidade, essencialmente com o fim de depreciar aqueles que parecessem ainda ligados ao método da escritura, parece ter encontrado o seu tempo. Inovações ligadas à escritura (como no caso das *attestations* francesas ou da eliminação da *udienza di discussione*

na Itália) foram introduzidas sem excessivo escândalo: evidentemente a sensibilidade para esse tipo de problema foi muito atenuada.” (TARUFFO, 2013, p. 18)

O processo civil nos países que adotam o modelo de *common law* inclui uma vasta gama de atos praticados sob a forma escrita. Trata-se de uma tendência que tem sido reforçada nesses Estados, de acordo com o excerto transcrito acima. Além disso, o uso de provas tidas por documentais é tão frequente nesse modelo quanto nos de *civil law*, a despeito, é claro, da existência de regras específicas no ordenamento jurídico de cada país para regulamentar a valoração das provas.

Por outro lado, o modelo de *civil law* conta com diversas regras que se harmonizam com a oralidade, como a possibilidade de sustentação oral em julgamentos colegiados, audiências de conciliação, de instrução e até mesmo a prolação de decisões orais pelo juiz. No Brasil, é possível identificar esses sinais no texto legal a partir dos artigos 166, 364, 394 e 936, todos do Código de Processo Civil. Esse exemplo serve para demonstrar que não é absolutamente confiável, por si só, a associação proporcionada pelos binômios *common law*/oralidade e *civil law*/escritura.

Os doutrinadores especializados fazem menção atualmente à existência de uma “crise nos modelos tradicionais” (TARUFFO, 2013, p. 14) do processo civil. Não é possível apontar e analisar com precisão todas as transformações que denotam a referida situação de ruptura. Nada obstante, a observância de dois aspectos é suficiente para que se perceba a inexistência de um modelo homogêneo de *civil law*, o que ajuda a notar que o Brasil não está sozinho no processo de hibridização do modelo processual adotado.

De forma superficial, porém suficiente, observa-se que, historicamente, jamais existiu um modelo homogêneo de processo civil na chamada Europa continental. Em verdade, a disciplina do direito processual sempre foi fragmentada em razão da diversidade de fontes reguladoras do processo (notadamente as fontes jurídico-positivas) e da diversidade de espécies de jurisdição. Em geral, a referência comum utilizada como vínculo entre os variados modelos europeus é oriunda do processo romano-canônico. A esse respeito, Taruffo elucida que:

“A costumeira referência ao processo romano-canônico como base constante dos ordenamentos processuais continentais é fundamentalmente errada, se serve para assinalar algumas características muito gerais do processo civil de direito comum como a escritura, a duração e a não concentração, mas não pode esconder as grandes e profundas diferenças que marcaram por séculos esses ordenamentos. Ainda no século XVIII existia bem pouco em comum entre o *Codex Fridericianus Marchicus* na Prússia, o código

<<giuseppino>> na Áustria, as Constituições piemontesas e os estatutos e as praxes judiciárias em vigor em uma infinidade de Estados e pequenos Estados (*staterelli*) em toda Europa." (TARUFFO, 2013, p. 23)

A intenção não é especificar eventuais diferenças pontuais a partir do cotejo dos modelos mencionados pelo autor, mas corroborar a ideia de que o modelo de *civil law* sempre foi, em si mesmo considerado, heterogêneo. Historicamente, já existiu período de maior convergência entre os modelos, como na perpetuação de diretrizes adotadas pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico, criado na França. Posteriormente, o *Zivilprozessordnung*, da Áustria, também exerceu grande influência sobre parte do continente europeu.

Ocorre que, no panorama atual, os países que adotam um modelo essencialmente inspirado no *civil law* estão passando por inovações motivadas também em institutos e diretrizes originárias do *common law*, por razões históricas, políticas ou até mesmo culturais.

Dois exemplos são interessantes para ilustrar essa tendência. O primeiro deles diz respeito ao processo civil japonês. Desde o final do século XIX, o Japão foi fortemente influenciado pelo modelo germânico (*civil law*). Após a segunda guerra mundial, passou a sofrer grande ingerência cultural emanada dos Estados Unidos da América (*common law*).

Isso ajuda a explicar o porquê de o Código de Processo Civil japonês de 1998 mesclar elementos desses dois modelos, resultando numa espécie de modelo híbrido. Por exemplo, sedimentou-se o exame cruzado de testemunhas (*cross examination*), elemento de origem norte-americana, com elementos procedimentais de origem germânica.

No Brasil, o microssistema de tutela dos direitos difusos, com destaque para o manejo da ação civil pública, tem inspiração na ação coletiva estadunidense (*class action*). Aliás, somos especialistas em importar institutos alienígenas, não só de natureza processual, e incorporá-los ao nosso ordenamento jurídico com o objetivo de encontrar soluções para problemas que, muitas das vezes, são particulares do nosso sistema jurídico.

A aparente clareza na distinção entre os modelos que se pregou durante muito tempo tem desaparecido com maior rapidez diante da conjuntura mundial política e econômica cada vez mais interligada. Esse cenário revela, de acordo com Michelle Taruffo, dois fatores primordiais que operam no cenário da integração entre os modelos: **a)** circulação dos modelos; e **b)** consequências jurídicas da globalização. (TARUFFO, 2013)

Apesar de parecer que esses dois pontos misturam-se em algum momento, é possível observar uma pequena diferença. O primeiro destaca as influências que penetram no sistema jurídico, ou seja, aquelas capazes de alterar o funcionamento desse sistema. De outro lado, o segundo trata de influências periféricas ao sistema, que são decorrentes da mudança na forma da sua operação.

O primeiro fator explica que os modelos processuais, antigamente, evoluíam em ritmo mais lento, pois a evolução ocorria de forma vertical (*in verticale*), ou seja, de acordo com as linhas históricas próprias do respectivo modelo e do contexto local em que se insere.

Esse panorama foi alterado e, atualmente, a evolução de determinado modelo processual está sujeita ao que se chama de interferências horizontais (*interferenze orizzontali*). A diferença é que esta última espécie de interferência não é autorreferente, ou seja, não se fecha dentro do próprio modelo, pois é afetada por linhas históricas e evolutivas heterogêneas, considerando que são derivadas de experiências de diversos países.

Para ilustrar essa circulação de modelos, basta observar a influência que os Estados Unidos tem exercido, nesse campo, sobre outros países: a recente adoção do júri pelo ordenamento espanhol; a já mencionada técnica do exame cruzado de testemunhas (*cross examination*); a limitação da admissibilidade dos recursos destinados às Cortes Superiores (repercussão geral com inspiração no *writ of certiorari*); as ações coletivas (*class action*) etc.

Os influxos dessas transformações também ocorrem no sentido inverso. Um caso emblemático é o da Inglaterra, conhecida pela adoção de um Direito essencialmente não escrito, que adotou uma espécie de Código de Processo Civil (*Rules* de 1999), inspirado nos países vizinhos que adotam o *civil law*, sobretudo no que diz respeito à concessão de poder geral de cautela ao Juiz.

O outro fator marcante está ligado ao primeiro e consiste nas consequências jurídicas da globalização. Certamente, tais consequências não podem ser enumeradas, mas, no que diz respeito ao direito processual civil, podem ser destacados dois fenômenos com especial relevância. De acordo com Michele Taruffo, são eles: **a)** o incremento da frequência de controvérsias transnacionais e **b)** tendência de uniformidade cultural jurídica (TARUFFO, 2013).

A frequência das controvérsias transnacionais cresceu de forma notória, impulsionada pelo processo de globalização e integração das economias mundiais. Seguindo essa tendência, a quantidade de pessoas que litigam entre si e são domiciliadas em diferentes países também aumentou. Em outras palavras, tanto as relações jurídicas

entre Estados quanto entre pessoas que vivem em nações distintas aumentou de forma relevante.

Esse cenário contribui para a ocorrência de um entrelaçamento entre variados sistemas de justiça civil. A partir do conceito de constelação pós-nacional de Jürgen Habermas, que descreve o fenômeno das uniões políticas entre Estados (como ocorre na União Europeia), é possível observar que esses laços impactam não só em acordos comerciais ou no trânsito de pessoas entre territórios, mas também na transformação dos modelos de justiça civil desses Estados (HABERMAS, 1998).

Além disso, observa-se uma tendência, ao menos na parte ocidental do planeta, de convergência cultural no âmbito dos temas jurídicos. Esse fenômeno está ligado à rápida difusão e circulação de temas de ordem geral, como garantias constitucionais, direitos humanos, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional. Vale destacar a ampliação do acesso à *internet*, que facilitou a construção de uma rede variável e aberta de conhecimentos compartilhados em tempo real.

Essas transformações, a princípio, podem ser mais facilmente visualizadas e ligadas ao cenário jurídico europeu ou estadunidense, considerando a histórica influência mútua entre autores inseridos no âmbito dessas duas culturas jurídicas. No entanto, o Brasil não se encontra completamente desvinculado desse contexto.

É notório o fato de que ainda somos bastante influenciados (ou colonizados) tanto pelo pensamento jurídico norte-americano como pelo europeu. Dessa forma, o legislador que se ocupa das reformas relacionadas ao modelo de justiça civil, sobretudo por influência dos pesquisadores nacionais de maior renome, toma emprestado institutos estrangeiros. Com isso, acredita-se poder resolver problemas singulares da nossa cultura jurídica por meio de instrumentos criados para funcionar em uma realidade distinta da brasileira.

A respeito dessa temática, basta observar a inserção no texto do novo CPC de conceitos descritos na obra de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Este dedicou grande parte de seu trabalho ao estudo da ponderação de princípios, introduzida de forma expressa no art. 489, § 2º, do CPC. Por sua vez, aquele trabalhou o conceito de integridade e coerência do Direito, incorporado ao art. 926, *caput*, do CPC.

De antemão, isso não necessariamente é bom ou ruim. O essencial, contudo, é compreender que os referidos autores desenvolveram suas pesquisas e chegaram a conclusões direcionadas para o contexto econômico, político, social e jurídico dos respectivos países de origem, quais sejam, Estados Unidos da América e Alemanha.

Como fazer esse ajuste e averiguar se é possível harmonizar tais diretrizes, de forma genérica, é uma conclusão que não se tem a pretensão de atingir a partir deste trabalho. No que diz respeito ao modelo de precedentes imposto, de forma cogente e politicamente forçada, a intenção é destacar a existência do problema inerente à importação de um modelo que não integrava o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do exemplo concreto que envolve a criação e a aplicação de um enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Institutos jurídicos relacionados ao manejo do precedente

O termo precedente não é próprio do sistema de *civil law*, mas do *common law*. Na linha do rompimento de barreiras, já não se pode mais definir precedente como instrumento empregado apenas no *common law*.

Em sentido amplo, o conceito de precedente abarca a decisão tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Já em sentido estrito, o precedente pode ser definido como a própria razão de decidir (DIDIER JUNIOR, 2015).

Por sua vez, José Rogério Cruz e Tucci ensina que o precedente é composto por 2 (duas) partes: **i**) as circunstâncias de fato, que ocasionaram a situação jurídica levada a conhecimento do Poder Judiciário; e a **ii**) tese jurídica (*ratio decidendi* ou *holding*), qual seja, os fundamentos jurídicos que se encontram no capítulo da fundamentação da decisão. (TUCCI, 2004).

Isso explica o porquê de a razão de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) não ser extraída do dispositivo da decisão, mas, sim, da sua fundamentação. Por conseguinte, a eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, na verdade, é um caráter da sua *ratio decidendi*.

Como não poderia deixar de ser, nem todos concordam com essa definição. Para Luiz Guilherme Marinoni, a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação da decisão. Aquela está contida nesta, mas não há uma correspondência integral (MARINONI, 2010). A razão de decidir é extraída de uma leitura conjugada de todos os elementos da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo). Isso porque é preciso saber quais as circunstâncias fáticas (expostas no relatório), a interpretação dada aos preceitos normativos (encontrada na fundamentação) e a conclusão a que se chegou (exposta no dispositivo) para interpretar corretamente o precedente.

O precedente é uma norma jurídica geral (basta lembrar que reside na fundamentação da decisão), que é construída de forma indutiva, a partir de um caso concreto, pois se desprende do caso específico e passa a poder ser aplicada em outras

situações assemelhadas ao caso do qual se originou. De outro lado, a norma jurídica individualizada é extraída do dispositivo e não se confunde com a *ratio decidendi* (precedente).

Por exclusão, tudo que não é precedente, é *obiter dictum*. A definição residual é a de uma proposição ou regra que não compõe a *ratio decidendi*. Trata-se do argumento jurídico, consideração ou comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. Em suma, é prescindível para a solução da controvérsia. No entanto, não deve ser simplesmente considerado desprezível, sobretudo porque pode sinalizar uma orientação futura do Tribunal. Aliás, o voto vencido que compõem um acórdão pode ser considerado um exemplo de *obiter dictum*.

O termo razão de decidir (*ratio decidendi*) é muito presente no estudo da teoria do precedente e na praxe cotidiana relacionada à aplicação do precedente. Apesar de alguma divergência no que diz respeito à definição, a principal dificuldade quanto ao tema consiste na identificação da razão de decidir.

Regra geral, o órgão judicial que profere a decisão não identifica, no momento do julgamento, qual é a *ratio decidendi* que está sendo empregada no caso. Dessa forma, a tendência é a de o juiz responsável pela aplicação futura do precedente ter de examinar o julgado que pretende adotar na motivação da decisão para extrair a norma legal que poderá ser aplicada ao caso concreto.

É possível que determinada decisão contenha mais de um motivo como fundamento de sua decisão (mais de uma *ratio*). Por conseguinte, haverá mais de uma razão de decidir. Todas elas serão obrigatórias para que ocorra a correta aplicação do precedente. O juiz, ao apreciar caso posterior, não poderá escolher uma dentre as razões como obrigatória e relegar as outras à posição de *obiter dictum*.

Ponto polêmico e pertinente ao cenário brasileiro diz respeito à diversidade de razões adotadas por cada membro de um órgão colegiado. No caso de o resultado ser comum a todos, mas os membros do colegiado o fizerem por razões diversas, tem-se entendido que não há, de fato, *ratio decidendi* discernível. Portanto, o Juiz do caso posterior estará livre para decidir com base em outro parâmetro (DIDIER JUNIOR, 2015)

Em solução extremada, Didier vai além e entende que, se houver grande dificuldade no processo de identificação da razão de decidir, seja por causa de fundamentação insuficiente ou porque a tese jurídica não foi bem delineada, a decisão pode ser considerada desprovida de *ratio decidendi*. Dessa forma, não haverá a formação de

precedente, tampouco de autoridade obrigatória, independente de qual for o órgão judicial prolator da decisão.

Essas situações, contudo, merecem ser evitadas. O ideal é que a razão de decidir da decisão seja evidente. Ainda que assim não seja, diversos autores desenvolveram métodos com o objetivo de facilitar a identificação do precedente. Alguns dos principais são os seguintes: **a)** teste de Wambaugh; **b)** Método de Goodhart; e **c)** Método eclético de Rupert Cross, adotado por Luiz Guilherme Marinoni.

O teste de Wambaugh foi desenvolvida pelo homônimo, Eugene Wambaugh, em meados do século XIX. De acordo com o autor, determinado enunciado é considerado uma razão de decidir quando a inversão da proposição alterar a conclusão final do julgamento. Dito de outra forma, a razão de decidir é representada pelo motivo sem o qual o julgamento tomaria um rumo diverso.

As críticas a respeito desse teste convergem na impossibilidade de se identificar qual a razão de decidir nos casos em que houver 2 (duas) diferentes razões autônomas e suficientes, por si só, para gerar uma única conclusão. Se, hipoteticamente, houver a exclusão de uma delas, a outra continuará sendo suficiente para a manutenção da mesma conclusão. A dificuldade remanescente consiste na impossibilidade de identificar o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*.

O segundo método destacado é o proposto por Goodhart. Este, a seu turno, sustenta que a razão de decidir reside no exame dos fatos destacados e considerados importantes, que devem ser isolados daqueles tidos por secundários para a causa e a decisão que se funda nesses fatos. Em síntese, adota a máxima de que casos similares devem ser tratados da mesma forma. Se a base fática fundamental for a mesma do caso em que se pretende aplicar o precedente, o precedente vincula, se não for, não vincula (DIDIER JUNIOR, 2015).

Como de costume, se existem dois métodos, há grande chance de que um terceiro seja pensado como meio termo entre os dois anteriores. O método eclético de Rupert Cross se insere nesse contexto. Por isso, alguns doutrinadores entendem ser o melhor método (tais como Marinoni e Didier), tendo em vista a combinação de parte das duas propostas anteriores. Para Cross, a razão de decidir é identificada tanto a partir dos fatos principais quanto dos motivos jurídicos determinantes que foram empregados na decisão.

Na esteira do art. 928 do CPC346, o termo decisão é empregado em sentido amplo, abarcando decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Assim, a espécie da decisão não

346 Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

interfere na sua caracterização como precedente, ainda que seja uma decisão de admissibilidade (questões de natureza processual) ou de homologação (questões relacionadas a requisitos formais).

O precedente tem natureza de ato-fato jurídico. Na esteira da teoria do fato jurídico, notoriamente desenvolvida entre nós por Pontes de Miranda, trata-se de ato porque pressupõe uma ação humana e, ao mesmo tempo, de fato, pois a vontade humana é irrelevante no que diz respeito às consequências produzidas pelo ato. O precedente produz efeitos independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que proferiu o julgado que se transformou em precedente. Por isso, entende-se que o precedente produz efeitos *ex lege*.

Se os efeitos decorrem da própria lei, é possível concluir que eles variam de acordo com o ordenamento jurídico-positivo de cada país. No Brasil, Fredie Didier (2015) entende ser possível a produção dos seguintes efeitos: **a)** vinculante *ou* obrigatório (art. 927 do CPC); **b)** persuasivo; **c)** obstativo da revisão de decisões; **d)** rescindente ou deseficazante; e **e)** de revisão da sentença (coisa julgada).

A começar pelo efeito vinculante, é importante traçar uma breve definição de cada um desses efeitos. Nos Estados Unidos da América, também é conhecido como *binding effect* ou *binding authority* e pode ser considerado o mais intenso de todos, ou seja, é um efeito que abrange os demais.

A norma jurídica extraída do precedente vinculante, como a própria denominação indica, tem o condão de obrigar as decisões posteriores em casos semelhantes. No Brasil, optou-se por enumerar na lei aqueles precedentes com força vinculante (art. 927 do CPC/347). Como maneira de forçar o juiz a seguir a orientação, o legislador estabeleceu que

347 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º - Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

eventual decisão que deixar de se manifestar a respeito de precedente vinculante é omissa (art. 1.022, parágrafo único, inc. I, CPC348).

O efeito persuasivo é o mínimo que todo precedente produz. Apesar de nenhum magistrado estar obrigado a empregar tal espécie de precedente, esse efeito configura um indicativo de que o precedente apresenta uma solução racional e adequada, razão pela qual deve ser seguido pelos demais órgãos judiciais hierarquicamente inferiores. Em sua essência, representa verdadeiro argumento de autoridade.

A eficácia de obstar a revisão das decisões configura a possibilidade de um juiz, sozinho, em instância revisora, impedir o prosseguimento de uma demanda, negando provimento a recurso ou dispensando a remessa necessária, no caso de detectar que a solução jurídica requerida pelo autor não está em harmonia com um precedente vinculante. Por isso, trata-se de uma espécie de desdobramento do efeito vinculante possibilitada pelos artigos 332, 932, inc. IV, e 1.040, inc. I, todos do CPC 349.

§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

348 Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

349 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

O precedente com eficácia rescindente ou deseficazante é aquele que permite e serve de motivo para a rescisão ou a retirada da eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado. Trata-se de uma novidade implementada pelos artigos 525, §§ 12, 13 e 14 e 535, §§ 5º, 6º e 7º, todos do CPC350.

Por último, no que diz respeito aos efeitos possíveis, tem-se a permissão de revisão da coisa julgada, que se assemelha ao efeito descrito anteriormente. A diferença reside na inclusão da exigência de que a relação jurídica examinada seja de trato sucessivo (art. 505, inc. I, CPC351).

Os efeitos descritos em nada colaboram se não houver o comprometimento dos juízes, sobretudo os que atuam nos Tribunais, de seguir a orientação firmada pelo

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.

350 Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 12 - Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13 - No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14 - A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15 - Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

§ 5º - Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º - No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º - A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

351 Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

precedente. Por isso, o art. 926 do CPC352, mencionado na introdução da pesquisa, enumera quais deveres precisam ser assumidos pelos Tribunais para que o sistema de precedentes funcione de forma satisfatória: **i)** dever de uniformização da jurisprudência; **ii)** dever de manter a jurisprudência estável; **iii)** dever de da publicidade aos precedentes; **iv)** dever de coerência; e **v)** dever de integridade (DIDIER JUNIOR, 2015)

Os Tribunais são compostos por vários órgãos fracionários, oriundos da desconcentração administrativa, com competência para julgar e apreciar demandas. Isso possibilita que cada órgão, atuando com independência, decida de uma forma diferente. O primeiro dever, então, é o de uniformizar a jurisprudência interna do Tribunal em relação à determinada questão jurídica. Nessa esteira, os Tribunais também têm o dever de sumular a jurisprudência dominante como forma de concretizar esse dever de uniformização (art. 926, § 1º, do CPC).

O segundo passo após uniformizar a jurisprudência é mantê-la estável. Assim, qualquer mudança de posicionamento deve ser justificada de maneira adequada, incluindo a modulação dos efeitos dessa alteração de entendimento, para que, em última análise, a segurança jurídica seja preservada. O art. 489, § 1º, inc. V, do CPC353 consubstancia importante novidade nesse sentido, pois estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para que o precedente tenha sua aplicação afastada. Por outro lado, a argumentação da decisão que aplica o precedente é facilitada, diante do que Fredie Didier (2015, p. 474) chama de “princípio da inércia argumentativa”.

A publicidade, regra geral, é inerente a qualquer decisão judicial, de acordo com prescrição normativa contida no texto da Constituição Federal. Nada obstante, o art. 927, § 5º, do CPC354 reforça esse quesito no que diz respeito aos precedentes e fixa o dever de

352 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

353 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

354 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

os Tribunais organizarem os precedentes por tema e divulgá-los, de forma prioritária, na rede mundial de computadores (*internet*).

A noção de coerência pode ser dividida em duas dimensões: interna ou externa. A primeira está relacionada ao dever de fundamentação, que não deve conter proposições contraditórias entre si. Mais relevante para o bom funcionamento do sistema de precedente é a coerência externa, uma vez que as decisões devem estar em harmonia com as orientações pretéritas. A ideia do precedente é justamente a de tratar casos iguais de maneira semelhante, de forma alinhada ao princípio da igualdade.

Como já mencionado no introito, trata-se de ideia desenvolvida fundamentalmente por Ronald Dworkin, que vê na coerência um fator de reforço do desenvolvimento histórico do Direito por meio de uma cadeia de decisões que seguem a mesma linha de raciocínio. O autor norte-americano atribuiu a essa noção o nome de romance em cadeia (*chain novel*) para ilustrar como cada decisão não pode ignorar orientações passadas e ajuda a compor um todo, que é o Direito consolidado judicialmente. A propósito, veja-se o seguinte excerto da obra do mencionado autor:

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.”
(DWORKIN, Ronald, 2007, p. 276)

A integridade do precedente está igualmente conectada à obra de Ronald Dworkin. Este entende que todo caso conta com uma resposta correta. Alguns interpretam sua obra como se não houvesse uma só, mas a aquela que seria melhor resposta para o caso. Daí surge a ideia de integridade do Direito, que está ligada à noção de unidade do Direito, que não admite qualquer justificativa, senão aquela que mantém a única/melhor resposta, ou seja, a coerência.

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

A ideia de Dworkin de que cada caso conta com uma resposta é bastante rechaçada. No Brasil, ao tratar da introdução do sistema de precedentes, Fredie Didier (2015) entende que a integridade do precedente não pode ser compreendida sob a ótica estrita da teoria de Dworkin. Na linha dos críticos do autor norte-americano, Fredie Didier (2015) ressalta que não se pode admitir que há uma única resposta correta para cada caso concreto, pois essa ideia não consegue explicar o Direito em toda sua potencialidade, tal como a densificação de uma cláusula geral para solucionar um caso.

Uma vez enumerados os efeitos emanados do precedente e os deveres dos Tribunais de trabalhar no sentido de manter a unidade do precedente, adentra-se no ponto que tem a maior relevância prática no que toca à sua aplicação: as técnicas de interpretação e aplicação do precedente. Afinal, sobretudo o juiz, além dos demais atores que participam ou interferem na relação jurídica processual, têm como grande tarefa a identificação do precedente adequado ao caso concreto.

A técnica de confrontação do precedente em relação aos casos concretos é conhecida por *distinguishing* (distinção). Como o próprio nome já revela, trata-se de procedimento de confronto por meio do qual o juiz tem o dever de verificar se o precedente paradigma é, ou não, distinto do caso concreto sob exame. Incumbe ao juiz diferenciar as nuances do caso concreto para aferir se há similitude entre as situações jurídicas incorporadas pelo precedente e o caso a ser julgado.

O *distinguishing* pode ser especificado em duas vertentes (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 491): *restrictive distinguishing* (distinção restritiva) e *ampliative distinguishing* (restrição ampliativa). Neste, o juiz aplica o precedente ao caso, apesar de o precedente abarcar situações que vão além das retratadas na demanda em análise. Por isso, amplia, estende, a aplicação do precedente. Naquele, o precedente se restringiu à determinada situação que não abarca todas as peculiaridades do caso. O precedente pode até ser aplicado, mas apenas em relação à questão semelhante entre o paradigma e o novo caso.

A distinção consiste em dever do juiz, que tem a atribuição de interpretar o precedente para verificar se a *ratio decidendi* se ajusta ao caso sob análise. De outro modo, estará o magistrado incorrendo no que se convencionou chamar de decisão *per incuriam*, que nada mais é do que a decisão omissa em relação à orientação fixada por um precedente obrigatório.

Além da referida técnica de interpretação, vale destacar outras ferramentas igualmente relacionadas à aplicação do precedente: *overruling* e *overriding* (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 494). As designações são todas em inglês e não há consenso a respeito da melhor tradução, pois consistem em instrumentos importados de países anglo-saxões que seguem a tradição mais voltada para o Direito comum (*common law*).

O *overruling* pode ser caracterizado como uma técnica de superação ou de substituição do precedente por um novo e pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou implícita (*implied overruling*). Esta última hipótese é a mais comum na prática judiciária brasileira, pois os Tribunais não têm o costume de agir com transparência nas situações em que estão superando determinado precedente. No entanto, Fredie Didier entende que o ordenamento jurídico brasileiro, com a vigência do atual CPC, admite somente o *express overruling*. Caso contrário, haveria violação do dever de coerência (DIDIER JUNIOR, 2015).

A superação do precedente conta com procedimento próprio. Não se resume à própria fundamentação adotada pelo órgão colegiado que entendeu por bem superar determinado precedente. Dessa forma, há previsão de procedimento próprio para revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 103-A, § 2º, da CF e Lei 11.417/2006). Ademais, o próprio CPC prevê em seu art. 927, § 2º a 4º³⁵⁵ como o Tribunal deve proceder ao identificar a necessidade de superação de um precedente obrigatório de uma Corte Superior.

Esse cenário demonstra que a superação de um precedente pode acontecer de forma difusa ou concentrada (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 496). Esta ocorre no caso de haver procedimento autônomo previsto para que se promova a revisão do precedente. É o que prevê o art. 3º da Lei 11.417/2006 para a revisão ou cancelamento de súmula vinculante e o art. 986 do CPC em relação ao precedente firmado por meio de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

A superação de um precedente rompe a sequência histórica do romance em cadeia (*chain novel*) produzido pela série de decisões que seguiram a orientação fixada pelo precedente. Essa ruptura, certamente, exige que o órgão judicial que deseja superar o precedente se comprometa com uma carga de argumentação mais robusta, examinando

355 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º - Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

argumentos novos ou que não haviam sido enfrentados até então para justificar a necessidade de superação do precedente.

De acordo com Celso de Albuquerque Silva (SILVA, 2005, p. 266-284), existem algumas hipóteses autoexplicativas em que se observa a clara necessidade de superação de um precedente. No caso de o precedente tornar-se: **a)** obsoleto; **b)** absolutamente injusto e/ou incorreto; e **c)** inexecutável na prática.

De outro lado Melvin Aron Eisenberg (1998, p. 104-105) entende que o *overruling* deve ser implementado no caso de: **a)** o precedente não mais corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; ou **b)** as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como isonomia e segurança jurídica, fundamentam mais a sua revogação do que a sua preservação.

Uma ressalva merece ser feita em relação à modificação do texto de uma lei. O precedente originado a partir da interpretação da lei revogada lei não é propriamente superado. Em verdade, deixará de ser aplicado como decorrência natural da inevitabilidade da aplicação da nova norma jurídica originada a partir da modificação do texto legal. Portanto, o juiz não carregará consigo o ônus argumentativo inerente à superação de um precedente.

Esse tema remete à eficácia temporal do precedente. É que a sua criação de um pode envolver a modulação na produção dos seus efeitos, apesar de a regra ser a de que o precedente tem eficácia temporal retroativa. Esta, por sua vez, pode ser pura ou clássica (DIDIER, 2015, p. 499-500). A primeira abrange inclusive decisões com trânsito em julgado, gerando a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória para fazer valer a força do precedente. A última ressalva as decisões transitadas em julgado da eficácia do precedente.

Assim como as próprias decisões judiciais, sobretudo no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, admite-se a modulação da eficácia do precedente de forma prospectiva (DIDIER, 2015, p. 503-505).

O precedente com eficácia prospectiva pura é aplicável apenas aos fatos de ocorrência posterior ao precedente e não se aplica ao caso concreto em que se faz a superação (*overruling*), ressaltando, pois, as partes integrantes da relação jurídica processual que gerou o precedente. Já a eficácia prospectiva clássica afeta apenas as partes da demanda que gerou a superação do precedente. A eficácia prospectiva a termo é a mais simples de ser compreendida. Consiste apenas na estipulação pelo Tribunal de uma data ou de condição para que o precedente comece a produzir os seus efeitos.

O emprego de cada uma dessas eficácias depende da situação jurídica examinada e das consequências que ela pode gerar de fato. Não existe resposta certa a ser utilizada na

criação de um novo precedente. Nesse contexto, há também a técnica conhecida por *signaling* (sinalização) e ocorre por meio de um aviso do Tribunal para preparar a comunidade jurídica para uma alteração futura de um precedente (DIDER, 2015, p. 501-506).

Alguns autores, como Antonio do Passo Cabral, defendem, na linha do *signaling*, que os Tribunais façam um alerta de que haverá a superação de um precedente. Para tanto, cunhou a expressão “julgamento-alerta”, que nada mais é do que uma forma de conferir publicidade à possível alteração da razão de decidir de um precedente, preservando a coerência a confiança no sistema de precedente (CABRAL, 2013).

O referido autor diferencia a sinalização do julgamento-alerta pela maior possibilidade de participação da sociedade neste último instrumento. Além do mais, a sinalização é feita no próprio julgamento em que há superação do precedente, diferenciando-se do alerta que mantém o precedente ao mesmo tempo em que faz a advertência de que pode haver mudança de entendimento.

A partir do momento em que determinada Corte de Justiça sinaliza que irá superar um precedente, entende-se que os juízes podem agir de forma preventiva e deixar de aplicar o precedente nos casos em que ele deveria, em tese, ser aplicado. Trata-se do *anticipatory overruling*, que tem como finalidade, a partir de um exercício de previsibilidade, flexibilizar a vinculação dos juízes aos precedentes das Cortes Superiores.

Por fim, convém fazer menção ao *overriding*, que consiste em uma espécie de superação parcial do precedente (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 507-508). Há limitação do âmbito de aplicação do precedente para adequá-lo a uma regra ou princípio superveniente. Por meio do *overriding*, o juiz reduz a hipótese fática de incidência do precedente sem alterar a razão de decidir do precedente, ou seja, sem superar o precedente.

Essa ferramenta aproxima-se da distinção (*distinguishing*), com a diferença de que a distinção reside na diferença do suporte fático, tornando o precedente inaplicável ao caso. Por outro lado, “no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático.” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 507).

Após a exposição dos instrumentos relacionados ao manejo do precedente, passa-se a ilustrar a ausência de transparência na aplicação desses instrumentais na prática forense brasileira. A falta de compreensão do que é o precedente e da importância de delimitação de qual é a razão de decidir gera a indistinção no momento da aplicação e colabora na dificuldade de manutenção da coerência e da estabilidade dos precedentes.

3. O contrato de mútuo e sua relação com o problema do superendividamento

O vocábulo superendividamento está em voga no Brasil e é empregado para descrever um problema grave e que aflige grande parte da sociedade. Pode ser sintetizado como a incapacidade do devedor de saldar as suas dívidas. É que o povo, representado na figura do consumidor ordinário, não dispõe do luxo concedido pelo mercado financeiro a determinados Estados nacionais e instituições financeiras de ser devedor e não ter a necessidade de pagar a respectiva dívida. De acordo com o Banco Central do Brasil (BACEN)³⁵⁶, o superendividamento pode ser definido da seguinte forma:

“[é] o que acontece quando uma pessoa de boa-fé se vê impossibilitada de pagar suas dívidas atuais ou futuras com sua atual renda e seu patrimônio. Quando isso ocorre, os indivíduos passam a ter dificuldades de suprir suas necessidades básicas, como alimentação, moradia, saúde, podendo levar a sérias repercussões psicológicas, familiares e sociais.”

A definição apresentada pelo BACEN está em harmonia com o conceito empregado pela doutrina no âmbito do Direito. No campo do direito do consumidor, percebe-se apenas o acréscimo de alguns elementos ausentes na definição supracitada, como o fato de a pessoa física ter de ser consumidora, leiga e não conseguir arcar com suas dívidas em um tempo razoável. É o que entendem Cláudia Marques, Herman Benjamim e Bruno Miragem (2010, p. 1051), ao conceituarem o superendividamento como a:

"impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio"

Ambos os conceitos servem para dimensionar o problema em questão. A par do que se entende por superendividado, alguns dados estatísticos devem ser mencionados para delimitar a quantidade de pessoas atingidas. A Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC), de setembro de 2018³⁵⁷, produzida pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) produziu os seguintes dados: 60,7% (sessenta vírgula sete por cento) das famílias estão endividadas; 23,8% (vinte e três vírgula oito por

³⁵⁶ [https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder serie II %E9 possivel sair do superendividamento.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder%20serie%20II%20possivel%20sair%20do%20superendividamento.pdf) Acesso em 24 de outubro de 2018.

³⁵⁷ <http://cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/economia/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-8> Acesso em 26 de outubro de 2018.

cento) das famílias têm dívidas com pagamento atrasado; 9,9% (nove vírgula nove por cento) das famílias não têm condições de pagar suas dívidas.

Quando se fala em superendividamento, é preciso levar em consideração que esse fenômeno atinge um espaço amostral que corresponde a aproximadamente 10% (dez por cento) da totalidade das famílias brasileiras. Ademais, vale registrar que, no ano de 2016, essa mesma pesquisa indicava o patamar de aproximadamente 8% (oito por cento) de famílias sem condições de pagar suas dívidas. Assim, lamentavelmente, observa-se um crescimento médio de cerca de 1% (um por cento) ao ano no que se refere ao quantitativo de famílias atingidas.

A constatação e a delimitação do problema auxiliam em sua compreensão. Nada obstante, este trabalho não tem como objeto a pesquisa de causas ou de soluções relacionadas ao superendividamento. O foco reside nos reflexos que essa condição pessoal gera para o Poder Judiciário, com destaque para a jurisdição exercida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

O ideal seria que as causas do referido problema fossem combatidas por meio de políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, após a consolidação de ideias propostas e discutidas no espaço deliberativo próprio, qual seja, o Poder Legislativo. A propósito do tema, vale destacar a existência do Projeto de Lei federal nº 3.515/2015, cujo teor da ementa enuncia tratar-se de instrumento normativo “para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.”³⁵⁸

O mal funcionamento dessas instituições de representação política, todavia, faz com que o Poder Judiciário, que não pode se eximir de apreciar as provocações que lhe são propostas (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal³⁵⁹), seja forçado a apresentar uma solução contingente para os demandantes.

Isso inclui não só o papel típico do Judiciário de apreciar e julgar as demandas judiciais. Diante da elevada quantidade de pessoas atingidas pelo superendividamento e da omissão dos outros atores políticos, o Poder Judiciário tem atuado como legítimo promotor de políticas públicas voltadas para esse público.

É o caso da criação do “Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania Superendividados - CEJUSC/Super”, por meio da Portaria Conjunta nº 4, de 1º de fevereiro

³⁵⁸ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490> Acesso em 25 de outubro de 2018.

³⁵⁹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

de 2016, do TJDF. Em suma, institucionalizou-se a meta de promover a autocomposição entre as partes envolvidas, por meio da avaliação e renegociação de dívidas, prevenção de superendividamento, educação financeira e reinclusão social do consumidor.

Apesar dessa e de outras louváveis tentativas de evitar a judicialização de conflitos entre consumidores e instituições financeiras, o superendividamento ainda é o pano de fundo de muitas situações jurídicas geradoras de demandas no âmbito da jurisdição contenciosa cível.

Diante desse contexto, o enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça³⁶⁰ foi criado com o objetivo de tentar unificar, ao menos no que diz respeito à reprodução de demandas judiciais motivadas por esse problema, a solução oferecida pelo Poder Judiciário aos consumidores superendividados.

Antes de tratar da construção e do motivo que ocasionou o cancelamento do mencionado enunciado de súmula, convém descrever quais são as características, regra geral, das situações examinadas pelo Poder Judiciário, bem como os institutos jurídicos envolvidos nas discussões e o que se acredita ser a melhor tese jurisprudencial como resposta para essa conjuntura.

Na quase totalidade dos casos, o superendividamento surge a partir de uma relação obrigacional entre uma pessoa natural (consumidor) e uma instituição financeira (fornecedor). Essa relação, geralmente, é constituída a partir da celebração de um contrato de empréstimo. Trata-se de uma espécie de negócio jurídico típico (artigos 586 a 592 do Código Civil).

O contrato de empréstimo é um gênero de negócio em que a pessoa se obriga a "devolver a coisa emprestada ou outra da mesma espécie e quantidade." (TARTUCE, 2017, p. 665) Por sua vez, a espécie de empréstimo de interesse atual é aquela que recebe a denominação de mútuo, pois o empréstimo de dinheiro envolve "bem fungível e consumível, em que a coisa é consumida e desaparece, devendo ser devolvida outra de mesma espécie e quantidade (*empréstimo de consumo*)." (TARTUCE, 2017, p. 666)

Trata-se de contrato real, uma vez que o aperfeiçoamento da relação jurídica ocorre com a tradição da coisa (dinheiro), sendo insuficiente a consolidação da vontade das partes manifestada sob a forma de instrumento contratual. Além disso, é contrato unilateral. A

³⁶⁰ É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.

partir do momento em que o dinheiro é entregue pelo mutuante, as obrigações recaem apenas sobre o mutuário.

O mutuante entrega o dinheiro para o mutuário e, como contraprestação, estipula o recebimento de juros com o objetivo de remunerar a sua atividade empresarial. Dessa forma, o pagamento de juros pelo mutuário como remuneração pela utilização do capital alheio (da instituição financeira mutuante) é o que caracteriza o mútuo feneratício (oneroso), nos termos do art. 591 do Código Civil³⁶¹.

No passado, a onerosidade do mútuo consistia em prática reprovada por intelectuais de tradição romana-cristã. Santo Agostinho, com fundamento no Evangelho de Lucas, expressava forte crítica à cobrança de juros, por entender tratar-se de uma forma de aquisição de dinheiro injusto (*mamona iniquitatis*) e que caracterizava a usura (GONÇALVES, 2011, p. 352). Contudo, essa prática atualmente está incorporada ao sistema financeiro mundial e tornou-se habitual e pouco questionada.

O contrato de mútuo foi concebido inicialmente e tipificado como uma espécie de contrato gratuito. Esta era a tradição seguida pelo Código Civil de 1916, ocasião em que se exigia que a onerosidade fosse expressa no contrato. No entanto, o mútuo gratuito perdeu relevância. Tanto é que a doutrina majoritária consolidou-se no sentido de que “quaisquer contratos de mútuos destinados a fins econômicos presumem-se onerosos” (Enunciado nº 34 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça).

O cenário descrito revela que, de fato, houve uma banalização na cobrança de juros. Praticamente toda transação creditória que não seja à vista remunera alguma das partes envolvidas mediante o pagamento de juros. Nesse cenário, convém destacar a atuação das instituições financeiras, notadamente o monopólio exercido pelo conjunto de poucos bancos comerciais nacionais, tendo em vista que eles controlam a oferta de crédito para pessoas físicas no sistema financeiro brasileiro.

Esse domínio certamente exerce notória influência política e econômica na construção do Direito, notadamente sob o aspecto jurídico-positivo. Ainda que sem o devido aprofundamento nessa discussão, essa pressão do sistema financeiro ajuda a explicar, de forma simplória, o fato de que as entidades bancárias não se submetem à chamada Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933)³⁶², que vedava a cobrança de juros abusivos além do dobro do patamar legalmente fixado.

³⁶¹ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

³⁶² **O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil:**

Aliás, os Tribunais consolidaram o entendimento de que a derrogação de parte do Código Civil deu-se por meio da edição de medidas provisórias (MP 1.963-17/2000 e MP 2.170-36/2001). Esta tese foi encampada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com destaque para o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.377/RS363 e para o enunciado nº 596 da súmula da Corte Suprema³⁶⁴.

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça também afastou a limitação da estipulação de juros fixada para o mútuo feneratício (art. 591 do Código Civil³⁶⁵), com destaque para o enunciado nº 382 da sua súmula³⁶⁶. Esses enunciados jurisprudenciais são amplamente criticados pela doutrina civilista. Por todos, menciona-se aqui a crítica de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“Falar sobre a aplicação de juros na atividade bancária é adentrar em um terreno explosivo.

De fato, fizemos questão de mostrar como a disciplina genérica do instituto, bem como as peculiaridades encontradas em uma relação jurídica especial, como a trabalhista, em que o próprio ordenamento reconhece as desigualdades dos sujeitos e busca tutelá-los de forma mais efetiva, reconhecendo que, mesmo ali, ainda é observada, no final das contas, a regra geral.

Considerando que todas as legislações modernas adotam normas severas para regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura;

Considerando que é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras:

DECRETA:

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).

363 Na ocasião, fixou-se a seguinte tese: os requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal estão presentes na Medida Provisória 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

364 As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

365 Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

366 A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Isso tudo para mostrar que 'há algo de errado no reino da Dinamarca' quando se fala da disciplina dos juros bancários no Brasil.

Tal jocosa afirmação se dá pela circunstância de que, lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 596, firmou entendimento no sentido de que 'as disposições do Decreto-lei 22.626 não se aplicam à taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas e privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional'.

Em nosso entendimento, sob o argumento de que a atividade financeira é essencialmente instável, e que a imobilização da taxa de juros prejudicaria o desenvolvimento do País, inúmeros abusos são cometidos, em detrimento sempre da parte mais fraca, o correntista, o depositante, o poupador" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 322)

O resultado desse cenário é o de que as instituições financeiras podem fixar o patamar dos juros remuneratórios de acordo com as "taxas do mercado". Por sua vez, o mercado é controlado pelas próprias instituições financeiras, revelando uma relação tautológica que exclui a participação popular de decisões estratégicas a respeito do sistema econômico do país. Ressalvadas outras críticas de cunho político-econômico, essa situação gerou várias contradições de ordem jurídica.

Vale destacar que o contrato de mútuo envolve uma relação de consumo, logo, atrai a aplicação do microssistema de proteção ao consumidor. Nada obstante, a instituição mutuante não se sujeita à Lei de Usura, o que lhe permite cobrar "taxas" de juros abusivas. Em outras palavras, criou-se uma espécie de cláusula abusiva, que onera excessivamente o consumidor, mas é considerada válida pela jurisprudência dos Tribunais e não é devidamente tutelada pela legislação que em tese protege o consumidor. A respeito dessa situação peculiar, veja-se o seguinte excerto extraído da obra de Flávio Tartuce:

"Este autor entende ser lastimável o tratamento muitas vezes dado pela jurisprudência quanto à matéria, uma vez que é comum as instituições bancárias cobrarem juros excessivamente abusivos, tornando caro o crédito em nosso País. Isso também ocorre com empresas financeiras, caso das que prestam o serviço de cartão de crédito.

Em suma, é lamentável o teor da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual as instituições bancárias, como integrantes

do sistema financeiro nacional, não estão sujeitas à Lei de Usura. Também não há como concordar com o teor da Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Comprendemos que a Lei de Usura está em total sintonia com a proteção dos vulneráveis (consumidores e aderentes contratuais), constante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.” (TARTUCE, 2017, p. 286)

Os juros, além de abusivos, são calculados de forma composta. É o que se denomina de anatocismo. Dessa forma, a cada termo de vencimento que o consumidor deixa de pagar a dívida, novos juros são aplicados sobre o saldo devedor acumulado, que inclui juros aplicados sobre os vencimentos pretéritos não pagos, e assim sucessivamente. Com o objetivo de esclarecer o que se entende por anatocismo, convém fazer menção ao seguinte trecho da obra de Carlos Roberto Gonçalves:

“O anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros. Há, no caso, capitalização composta, que é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Em resumo, pois, o chamado “anatocismo” é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos.” (GONÇALVES, 2011, p. 409)

O cenário descrito, sem dúvida, colabora com o superendividamento do consumidor. Diante da cobrança de juros abusivos e calculados de forma composta, o mutuário se vê diante de uma situação que pode ser comparada a uma bola de neve descendo uma montanha e sendo retroalimentada pela neve depositada no solo na medida em que avança ladeira abaixo.

Para melhor compreender o fenômeno do superendividamento e as situações jurídicas que são levadas ao Poder Judiciário, mostra-se proveitosa uma breve incursão na disciplina jurídica dos juros, pois estão intrinsecamente ligados aos contratos de mútuo onerosos.

Os juros podem ser remuneratórios (compensatórios) ou moratórios. Estes consistem na forma de ressarcir o credor, em uma relação obrigacional, pela mora do devedor, ou seja, pelo atraso em não pagar até a data de vencimento convencional. Aqueles decorrem do uso consentido do capital financeiro de outrem. Como já mencionado, constituem a contraprestação exigida pelo mutuante para emprestar determinada quantidade de dinheiro ao mutuário.

Também podem ser os juros convencionais ou legais. Estes são aplicados por força de disposição legal com vigência no ordenamento jurídico. Aqueles, a seu turno, são oriundos da livre manifestação da vontade das partes contratantes. São ajustados, portanto, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, que norteia a celebração dos negócios jurídicos.

O mutuário que não paga sua dívida a contento tem de arcar, então, com juros compensatórios que remuneram a atividade bancária, além dos juros de mora, em decorrência do não pagamento na data estipulada para o vencimento da prestação. Vale repisar que não chega a existir convenção de fato, uma vez que os contratos de mútuo, em sua quase totalidade, são contratos de adesão. A manifestação da vontade do mutuário transita apenas entre aderir ou não ao contrato.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que o devedor ainda conta com uma série de garantias concebidas para que o processo de execução (sem sentido amplo) não lhe seja excessivamente oneroso. Exemplo disso é a regra consubstanciada no art. 833 do CPC367, que enumera uma série de bens que não podem ser penhorados.

367 Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
 - II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
 - III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
 - IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
 - V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
 - VI - o seguro de vida;
 - VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
 - VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
 - IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
 - X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
 - XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
 - XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.
- § 1º - A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

As instituições financeiras, pautadas na promessa de baratear a concessão de crédito e no elevado risco de inadimplência dos mutuários, além da alegada dificuldade de obter a efetiva satisfação do crédito por meio de processo judicial, passaram oferecer duas modalidades de empréstimo que se tornaram bastante populares entre os consumidores. São elas: **i)** o consignado e **ii)** o que permite o desconto direto na conta corrente.

O primeiro e mais popular é o denominando empréstimo consignando. Este consiste na prática de o mutuante descontar direto na folha de pagamento ou de proventos de aposentadoria o valor devido pelo mutuário como contraprestação pelo crédito que lhe fora cedido pela instituição financeira. Dessa forma, a remuneração ou provento de aposentadoria recebida mensalmente pelo mutuário lhe é disponibilizada já com o desconto da parcela devida ao mutuante.

A título de ilustração, imagine-se uma pessoa que auferir remuneração mensal quantificada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ela contrata um empréstimo consignado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e se compromete a pagar uma parcela de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) por mês, durante 5 (cinco) meses. A remuneração auferida pelo mutuário durante esse período será de R\$ 3.750,00 (três mil setecentos e cinquenta) reais.

A ideia desse formato de contrato é a de que o mutuante se veja livre do risco de inadimplência. Antes de o mutuário ter a oportunidade de gastar a sua remuneração com a aquisição de outros serviços ou bens, o mutuante tem assegurado o adimplemento da obrigação estabelecida entre ambos. Por isso, haveria, ao menos em tese, a cobrança de menores "taxas" de juros e o barateamento do crédito disponível para o consumidor.

A Lei federal 10.820/2003, posteriormente alterada pela Lei 13.172/2015, regulamentou, no âmbito das pessoas submetidas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a possibilidade do trabalhador de adquirir crédito na modalidade consignada. Em relação aos servidores públicos, compete à lei regente do regime estatutário de cada ente político regulamentar essa prática. No que diz respeito aos servidores federais, a Lei 8.112/1990, também alterada pela mencionada Lei 13.172/2015, é o instrumento normativo que regulamenta o empréstimo mediante consignação em folha de pagamento.

§ 2º - O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º - Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Um ponto em comum a ser destacado é o de que, independente do regime, celetista ou estatutário, a Lei 13.172/2015, diante da escalada do número de pessoas endividadas, fixou o limite de 35% (trinta e cinco por cento) em relação aos descontos efetuados pelo mutuante sobre a folha de pagamento ou de provento de aposentadoria do mutuário.

O problema que gerou o enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça consiste justamente na forma encontrada pelas instituições financeiras de burlar essa limitação fixada para a contratação de empréstimos consignados. Afinal, trata-se de um negócio que proporciona elevados lucros e baixíssimo risco de inadimplemento, ou seja, o cenário ideal para o mutuante.

A segunda modalidade consiste no empréstimo com pagamento mediante desconto direto na conta corrente do mutuário. A posição da instituição financeira nesse modelo de negócio é igualmente confortável, pois, muito provavelmente, a conta corrente do mutuário é gerida pela mesma instituição financeira que atuou na condição de mutuante. De modo a aclarar essa situação, imagine-se o mesmo exemplo utilizado para o empréstimo consignado.

Determinada pessoa auferir uma remuneração mensal no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ela contrata um empréstimo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) com pagamento mediante desconto direto na sua conta corrente e se compromete a pagar uma parcela de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) por mês, durante 5 (cinco) meses.

A remuneração depositada em conta corrente continuará sendo a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Todavia, no mesmo momento em que o dinheiro cai na conta, o banco retém para si, a título de pagamento da parcela pelo empréstimo, a quantia de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais). Assim, a quantia que efetivamente resta à disposição do mutuário correntista, no período de 5 (cinco) meses, é de R\$ 3.750,00 (três mil setecentos e cinquenta reais).

A diferença é sutil e, na prática, o resultado para o mutuante é o mesmo, pois lhe proporciona uma verdadeira garantia de que haverá o adimplemento da obrigação de pagar assumida pelo mutuário. Ocorre que essa última modalidade de empréstimo não é regulamentada por lei e a forma de pagamento explicitada decorre da autonomia das partes para contratar e acaba sendo combinada com o empréstimo consignando. Em outras palavras, ao atingir o limite de consignação, o consumidor passa a contratar na segunda modalidade mencionada.

De volta ao exemplo utilizado, a associação dessas duas modalidades de empréstimo gera uma situação com as características expostas a seguir. Um sujeito auferir

a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês a título de remuneração. O limite de consignação, correspondente a 35% (trinta e cinco por cento), equivale a R\$ 1.750,00 (mil setecentos e cinquenta reais).

Essa pessoa poderá, de acordo com a legislação regente, contratar empréstimo consignado com parcela mensal estipulada em, no máximo, R\$ 1.750,00 (mil setecentos e cinquenta reais). O valor restante, de R\$ 3.250,00 (três mil duzentos e cinquenta reais), seria depositado pelo empregador na conta corrente do trabalhador.

Ocorre que não existe limite para desconto direto em conta corrente em relação a essa quantia que seria disponibilizada após a consignação em folha de pagamento. Dessa forma, é possível que a pessoa comprometa praticamente toda sua remuneração mensal apenas com a quitação de obrigações assumidas em contratos de empréstimo com instituições financeiras.

No exemplo mencionado, o sujeito poderia contratar empréstimo na modalidade de desconto em conta corrente e fixar como contraprestação a parcela de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Assim, restaria, de fato, para o mutuário a quantia de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) no transcurso do prazo de extinção do contrato pelo adimplemento da dívida.

O limite de consignação de 35% (trinta e cinco por cento) foi pensado e fixado como um freio legal para proteger o mutuário, mas tornou-se absolutamente imprestável e inoperante. Nessa esteira, a ideia de assegurar um patrimônio mínimo, de acordo com a teoria do Ministro Luiz Edson Fachin, e de resguardar condições financeiras mínimas necessárias para o sujeito prover a sua subsistência com dignidade é afastada, de forma paradoxal, por meio da manifestação da vontade daquele que deveria ser protegido.

Além do mais, as instituições financeiras passaram a usar o desconto em conta corrente como uma forma de execução extrajudicial, exercendo uma espécie de autotutela por meio da retenção de valores depositados nas contas correntes dos mutuários para quitar dívidas vencidas e não pagas. Em outras palavras, os bancos construíram um atalho para evitar a fruição pelos mutuários das garantias do devido processo legal em relação aos meios legítimos de expropriação da propriedade privada.

4. O precedente por trás do enunciado nº 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça

Os pontos apresentados no tópico anterior culminam no objeto central da pesquisa, que passa necessariamente pelo exame de alguns casos concretos para avaliar como o TJDFR tem aplicado o enunciado nº 603 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Antes

de adentrar ao exame dos casos propostos, convém mencionar a redação do referido enunciado sumular, que assim diz:

“É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.”

Verifica-se, de imediato, que o texto é extenso e a redação truncada prejudica a compreensão das autênticas razões de decidir do precedente que ensejou a consolidação do entendimento jurisprudencial. Não é preciso adentrar com profundidade no campo da filosofia da linguagem ou mesmo da hermenêutica para perceber a polissemia do referido enunciado, o que provoca dúvidas em relação à norma que se pretendia gerar a partir do seu texto. De forma pragmática, basta observar que começaram a surgir interpretações no sentido diametralmente oposto do que se pretendia com a edição desse enunciado.

O enunciado sumular em questão quis tratar de duas situações jurídicas distintas de uma única vez (duas modalidades de pagamento de empréstimo;). Por isso, acabou reforçando uma falsa percepção a respeito do precedente que vinha sendo fixado pelo Superior Tribunal de Justiça há, pelo menos, 10 (dez) anos. As duas situações já foram descritas acima de forma individualizada. São elas, vale repisar, as seguintes: **i)** o empréstimo consignado e **ii)** aquele que permite o desconto direto na conta corrente.

Em relação ao primeiro, há regulamentação legal expressa. Os servidores públicos federais são regidos pela Lei 8.112/1990, com destaque para o art. 45, e parágrafos, da mencionada Lei, que limita a margem consignável dos agentes públicos a 35% (trinta e cinco por cento) do valor total da remuneração percebida por mês. Já no que toca à segunda modalidade, não há qualquer regulamentação legal no sentido de impor limitação semelhante para o desconto direto em conta corrente.

O desconto ou retenção de depósito em conta corrente, apesar de não ser objeto de regulamentação específica, não se caracteriza, a princípio, como ato ilícito. É fruto da livre manifestação da vontade de contratar das partes. Não se pode esquecer que a eficácia do princípio da legalidade nas relações privadas apenas veda a prática de atos ilícitos (art. 186 do Código Civil³⁶⁸).

³⁶⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Diante da ausência de impedimento legal, o mutuário tende a preferir essa modalidade de empréstimo por se tratar de uma opção menos onerosa do que outras formas comuns de concessão de crédito, como o financiamento conjugado com o acessório da alienação fiduciária em garantia.

A consignação propriamente dita consiste na dedução de valor de “remuneração, subsídio, provento, pensão ou salário, mediante autorização prévia e expressa do consignado” (art. 2º, inc. II, Decreto 8.690/2016). Na prática, contudo, a diferença em relação ao desconto em conta mostra-se irrelevante. A dedução ser efetuada antes de ocorrer o depósito na conta ou no exato momento em que o depósito acontece não altera o fato de que o mutuário não chega realmente a dispor da quantia retida pela instituição financeira para usá-la como bem entender.

A consignação em si é lícita, desde que esteja dentro da limitação mencionada, e só ocorre se houver o consentimento do agente público. Por essa razão, recebe a denominação de consignação facultativa (art. 3º, inc. IX, Decreto 8.690/2016). Por outro lado, o desconto em conta corrente não é vedado. Também é facultativo e só ocorre se houver o consentimento do mutuário. Portanto, sem que se leve em consideração outros aspectos ligados ao superendividamento, como a necessidade de preservação de um patrimônio mínimo para o mutuário, ambas as situações podem receber tratamento jurídico equivalente.

O problema surge no momento em que a instituição financeira usa o mecanismo de desconto em conta corrente para reter dinheiro do mutuário com a finalidade de quitar uma dívida vencida e não paga no prazo inicialmente pré-estabelecido contratualmente. É o que chamamos aqui de autotutela executiva dos bancos comerciais. Esta é a questão central que o enunciado nº 603 da súmula do Superior Tribunal de Justiça tinha o objetivo de solucionar.

Recorremos mais uma vez a um exemplo ilustrativo, de modo a favorecer a compreensão do tema. Um sujeito auferia a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês a título de remuneração. Surpreendido pela necessidade de arcar com um tratamento médico urgente e carente de recursos econômicos suficientes, celebra um contrato de mútuo com uma instituição financeira, sendo irrelevante a forma de pagamento estabelecida no instrumento contratual.

A instituição financeira faz o empréstimo e transmite ao mutuário, de forma imediata, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O contrato de mútuo feneratício estabelece como contraprestação do consumidor o pagamento de 50 (cinquenta) parcelas no valor de 1.200,00 (mil e duzentos reais). No entanto, uma sucessão de acontecimentos de ordem pessoal faz com que o mutuário deixe de pagar as parcelas dentro do prazo de vencimento.

Desse modo, o mutuário acumula 4 (quatro) prestações vencidas e não pagas, no valor total de R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), supondo, para facilitar o cálculo, que não há incidência de juros de mora e de outros cargos. A instituição financeira, ao invés de exercer a sua pretensão creditória perante o Poder Judiciário (seja via processo de execução ou submetido ao procedimento comum), retém esse montante na conta do mutuário no instante em que ele recebe a sua remuneração mensal, ao fundamento de que existe cláusula contratual permitindo essa conduta.

No momento em que tinha a expectativa de receber a sua remuneração, quantificada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o mutuário se depara com o montante de R\$ 200,00 (duzentos reais) à sua disposição. A justificativa do mutuante reside em cláusula aposta no instrumento do contrato que fora celebrado, autorizando o banco credor a reter quantias relacionadas a salários, vencimentos e/ou proventos do correntista para adimplir a obrigação de pagar assumida no negócio de mútuo.

Ainda que não tenha contratado um mútuo com a expectativa inicial de quitar o débito por meio de descontos efetuados direto em sua conta corrente, esta passa a ser a realidade com a qual o mutuário passa a lidar. Isso sem falar no fato de que é surpreendido com a repentina ausência de recursos, sem os quais fica impedido de adimplir outras dezenas de obrigações de pagar previamente assumidas com outros sujeitos.

O art. 833, inc. IV, do CPC, então, é derogado pela conduta da instituição financeira da forma descrita acima. Como não poderia contar com a possibilidade de penhora de vencimentos como meio de satisfação do seu crédito, faz ela mesma a penhora e a expropriação do dinheiro do mutuário, sem antes passar por qualquer apreciação do Poder Judiciário.

Verifica-se, assim, uma verdadeira quebra do monopólio da reserva de jurisdição estatal, tendo em vista que somente o Estado detém autorização legal para tomar decisões com eficácia meramente executiva (em sentido amplo). A propósito, vale ressaltar que nem mesmo árbitros constituídos para o exercício de jurisdição não estatal podem exercer o poder de natureza cautelar ou executiva, nos termos do art. 516, inc. III, do CPC369.

O uso da força para impor uma vontade, mediante critérios próprios e sem a interferência de autoridades estatais, caracteriza o regime de autotutela. Esta, a seu turno, é admitida pelo ordenamento jurídico em situações excepcionalíssimas, dentre as quais não se inclui a retenção de dinheiro em conta corrente para a satisfação de prestação

369 Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

vencida e não paga. A autotutela é assim definida por Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:

“são fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra. (...) Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão).” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 27-28)

A partir desse excerto, é fácil perceber que a retenção de dinheiro em conta corrente pelas instituições financeiras, com o fim de quitar dívida vencida e não paga pelo correntista, consiste, sem dúvida, no exercício de autotutela. O banco não solicita autorização prévia para reter o dinheiro, mas apenas o faz, mediante a imposição de solução com o uso da sua força. Tampouco há a intervenção de qualquer autoridade investida de poder pelo Estado para tutelar as pretensões envolvidas na relação jurídica.

O que se percebe é o retorno à justiça privada por meio do exercício da autotutela pelo mutuante, que burla a jurisdição estatal para fazer valer a sua força em detrimento do mutuário, que é a parte mais fraca da relação jurídica. Não custa salientar que, no exemplo citado, a instituição financeira tem a atribuição de gerir os recursos do mutuário, ou seja, ela já detém a posse direta dos recursos. Portanto, é notória a facilidade que o banco detém para se apropriar dos fundos dos correntistas.

Ao interpretar o enunciado nº 603 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, alguns juízes confundiram a situação recém descrita de autotutela com a possibilidade de consignação facultativa na folha de pagamento dos agentes públicos ou dos trabalhadores celetistas. A redação do enunciado sumular trata dos dois temas ao mesmo tempo e permite que, ao não se atentar para as razões de decidir empregadas pela Corte Superior, não se compreenda qual é o precedente encoberto pelo verbete.

Vários juízes passaram a encampar a tese de que o Superior Tribunal de Justiça fixou precedente no sentido de proibir qualquer espécie de retenção, desconto ou mesmo consignação, seja na folha de pagamento ou na conta corrente do mutuário. Essa interpretação absolutamente equivocada do aludido enunciado de súmula foi criada e passou a ser perpetuada em inúmeras decisões judiciais.

Alguns até já empregavam o precedente de forma correta, mas, com a edição do enunciado sumular em questão, passaram a entender que o precedente fixado era outro, em sentido diverso. A propósito, veja-se o seguinte excerto de decisão liminar proferida

pelo Juízo da Primeira Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal no processo de autos nº 0707526-24.2018.8.07.0018:

“Em se tratando de contratos de consignação em folha de pagamento, a lei de regência dos militares do DF expressamente veda a contratação em valor superior a 30% (trinta por cento) dos rendimentos mensal do trabalhador, conforme estipula o Estatuto dos Servidores no art. 116, § 2º, da Lei Complementar Distrital 840/2011, e o art. art. 29, §1º, da Lei Federal 10486/2002, no caso dos militares. Assim, os descontos em folha de pagamento não poderão exceder a este limite.

É de se ressaltar que esta Lei não rege os demais contratos de mútuo bancário, notadamente aqueles em que os mutuários pactuam outras formas de pagamento, inclusive por meio de desconto direto em conta corrente bancária, mas apenas e tão somente aqueles créditos consignados em folha de pagamento. No caso em julgamento nestes autos, não se registram lançamentos superiores a 30% (trinta por cento) em folha de pagamento.

Assim, necessário se faz tratar de forma desigual cada uma das formas de contratações, conforme decidiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.586.910/SP (DJe 03/10/2017), no AgInt no AREsp 1136156/SP (DJe 18/12/2017), no AgInt no REsp 1390570 / PR (DJe 12/06/2018) e, em certa medida, já que em patamar limitado, a 3ª Turma no AgInt no AgInt no REsp 1627176 / RS (DJe 18/12/2017).

Como se vê, diversos precedentes da Corte de Uniformização admitem a validade de cláusula autorizativa para amortização de saldo de empréstimo mediante débito em conta, até porque, em última instância, beneficiam o tomador de crédito, com juros reduzidos.

Feita a ressalva do entendimento pessoal deste magistrado e dos julgados acima mencionados, verifico que este TJDF vem prestigiando o teor da Súmula nº 603, também do STJ, com o seguinte conteúdo:

É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o

mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (STJ. 2ª Seção. Aprovada em 22/2/2018, DJe 26/2/2018).

(...)

Nestes termos, o fato de haver posicionamento majoritário desta Corte favorável ao reconhecimento da ilegalidade de descontos relativos a mútuos bancários não permite concluir pela devolução dos valores, visto que a causa destes é a existência dos empréstimos em si."

Na mesma linha, as Turmas Cíveis, ao interpretar o enunciado nº 603 da súmula do STJ, passaram a direcionar a jurisprudência da Corte distrital em sentido não harmônico com o proposto pela própria súmula. A respeito do tema, vejam-se os seguintes trechos de votos condutores de acórdãos lavrados por alguns desses órgãos do TJDF:

"Nesse diapasão, em atenção ao recente entendimento do c. STJ, por meio da Súmula 603, há abusividade na retenção de verba salarial, caso em que **fica proibido qualquer desconto que venha a incidir sobre o seu salário/proventos.**"

(Acórdão n.1126598, 07014841320188070000, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/09/2018, Publicado no DJE: 04/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada) (grifei)

"Contudo, em razão da facilitação de concessão de empréstimo pelos bancos, sem observância da capacidade econômica do contratante, causando-lhes superendividamento e comprometendo, em demasia, grande parte da sua renda, e por consequência, sua própria subsistência, o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento, por aplicação analógica, que **a limitação legal de descontos também deve incidir em empréstimo com descontos em conta corrente, independentemente de ter sido assumida livremente obrigação diversa.**"

(Acórdão n.1131739, 07109789620188070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2018, Publicado no DJE: 24/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifei)

“Os argumentos não são capazes de afastar o dever de observância do já conhecido Enunciado 603 do c. STJ. Rememoremos: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (Súmula 603, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018)

Diante dos termos do citado verbete, a solução para litígios dessa natureza não deve mais sofrer variações de interpretação. Os provimentos devem harmonizar-se ao entendimento fixado, por força do que dispõe o art. 927 do Código de Processo Civil, que dita que “os tribunais observaram os enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”

(...)

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO ao recurso, para determinar a instituição financeira agravada, que suspenda os descontos realizados na conta salário do agravante, referentes aos empréstimos firmados entre as partes.**”

(Acórdão n.1118505, 07082837220188070000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/08/2018, Publicado no DJE: 27/08/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifei)

“Quanto aos descontos em conta corrente, destaco que sempre mantive o entendimento no sentido de aplicar o determinado na lei e limitar somente os descontos realizados na folha de pagamento. Após o Superior Tribunal de Justiça firmar entendimento no sentido de que os descontos em conta devem se limitar ao percentual de 30% do rendimento líquido, passei a adotar o entendimento da Corte Superior. Entretanto, a referida Corte Superior editou recentemente o Enunciado de **Súmula 603 que estabelece a impossibilidade de retenção de valores de salário em conta corrente para pagamento de mútuo.** Transcrevo: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo

garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (Súmula 603, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018)

Desta forma, necessário, novamente, readaptar meu entendimento ao entendimento ora sumulado. No caso dos autos, considerando que o pedido da parte é limitação dos descontos a 30% (trinta por cento) de seus rendimentos, e para evitar julgamento extra petita, não aplicarei integralmente a súmula citada.”

(Acórdão n.1111216, 07119772920178070018, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/07/2018, Publicado no PJe: 31/07/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifei)

“Em relação ao empréstimo pessoal, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em data recente, pacificando o tema, editou o **enunciado 603, vedando qualquer desconto em verba salarial, ainda que haja cláusula contratual autorizativa**. Confira-se o teor da mencionada súmula: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (grifo nosso) (Súmula 603, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018) Por conseguinte, não importa a quantia comprometida pelo empréstimo com desconto em conta corrente, e sim se incide sobre salários, vencimentos e/ou proventos.”

(Acórdão n.1095579, 07051543920178070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Relator Designado: MARIO-ZAM BELMIRO 8ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/05/2018, Publicado no DJE: 23/05/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifei)

O TJDFR tem, atualmente, 8 (oito) Turmas Cíveis com competência para apreciar e julgar matérias diversas que não sejam ligadas ao direito penal. Como se vê, ao menos a metade desses órgãos, em algum momento, empregou entendimento jurídico equivocado com a justificativa de estar seguindo uma orientação do STJ.

Bastaria uma rápida consulta ao sítio eletrônico do STJ – no campo “Súmulas anotadas”³⁷⁰ – para começar a compreender qual é a *ratio decidendi* do precedente que a Corte pretendeu sedimentar em um enunciado da sua súmula. Aliás, trata-se de excelente iniciativa da Corte Superior, pois facilita o trabalho de verificar as razões de decidir do precedente fixado, sobretudo diante da imposição legal de aplicação e preservação dos chamados precedentes obrigatórios (art. 927 do CPC).

De volta à tarefa de especificação do precedente, convém fazer menção a alguns trechos de votos condutores selecionados pelo próprio STJ, tendo em vista a capacidade ilustrativa desses excertos:

"(...) Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a 'vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'. - **Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. – Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. (...)**" (REsp 1012915 PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009) (grifei)

"(...) **Nos termos da jurisprudência do STJ, é ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-corrente, para a satisfação de**

³⁷⁰ [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27603%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27603%27).sub.#TIT1TEMA0) Acesso em 30 de outubro de 2018.

saldo negativo existente na sua conta, cabendo a esta a satisfação do crédito por meio de cobrança judicial. (...)" (AgRg nos EDcl no AREsp 429476 RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 03/11/2014)" (grifei)

"(...) CONTRATO DE MÚTUO. DEDUÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA, A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO, DE VALORES INADIMPLIDOS. IMPOSSIBILIDADE. (...) **Inadmissível a apropriação, pelo banco credor, de salário do correntista, como forma de compensação de parcelas inadimplidas de contrato de mútuo.** (...)" (AgRg no REsp 1214519 PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)" (grifei)

Nesse ponto, convém rememorar a técnica proposta de Rupert Cross explicitada no segundo capítulo do trabalho. Para ele, a razão de decidir é identificada não só pelos principais fatos jurídicos, mas também pelos motivos determinantes que foram empregados na decisão. O cenário fático já foi descrito em outra oportunidade. Nada obstante, os trechos citados evidenciam os motivos determinantes empregados pelo STJ na formação do precedente.

Como se vê, há pelo menos 10 (dez) anos, o Superior Tribunal de Justiça não admite que uma instituição financeira faça a apropriação de dinheiro depositado na conta de um seu correntista para quitar dívida vencida e não paga, oriunda de contrato de mútuo celebrado anteriormente entre o consumidor e o banco. Este, portanto, é o precedente.

Ressalta-se que não há vedação irrestrita no sentido de impedir quaisquer espécies de descontos. O empréstimo consignando continua sendo lícito, desde que contratado pelo consumidor e respeitado o patamar máximo de consignação em folha de pagamento. Igualmente, o consumidor pode permitir que determinada prestação seja automaticamente descontada do saldo disponível em sua conta corrente. Em verdade, trata-se de prática cada vez mais usual e incentivada por diversos ramos do mercado, tais como provedores de televisão a cabo, telefonia móvel, *internet* etc.

O consumidor mutuário é sem dúvida aquele que detém as melhores condições de aferir as suas reais condições financeiras, bem como se é do seu interesse autorizar a efetivação de descontos de prestações diretamente aplicados sobre o saldo disponível em sua conta corrente.

Por outro lado, a determinação judicial da limitação desses descontos, ordenando a instituição financeira a receber o que lhe é devido em prazo maior e de modo diferente do que fora ajustado voluntariamente pelas partes, importaria em mitigar o princípio da força obrigatória dos contratos.

A espécie de desconto em questão consiste na contraprestação obrigacional devida pelo recebimento e utilização de capital alheio. Não se pode descurar da premissa de que os contratos devem ser cumpridos, uma vez formulados de acordo com a vontade livre e manifesta das partes, isto é, em harmonia com o princípio da autonomia da vontade. Além disso, o adimplemento do negócio jurídico também decorre do princípio da boa-fé, preceito normatizado no artigo 422 do Código Civil³⁷¹.

A cláusula que permite o desconto na conta corrente do mutuário, por si só, não é abusiva. A ilicitude reside, conforme já exposto no decurso desta pesquisa, no exercício da autotutela para a apropriação de dinheiro de correntista para quitar dívida vencida e não paga. De outro modo, o Judiciário estaria chancelando uma forma de burlar a impenhorabilidade dos vencimentos, prescrita pelo art. 833, inc. IV, do CPC.

A eventual onerosidade excessiva que esses descontos podem gerar para o consumidor, diante da ausência de limitação legal e de responsabilidade social das instituições financeiras, é uma questão que, apesar de ser igualmente preocupante, não se insere no campo dessa pesquisa.

Diante desse contexto de confusão gerada em relação à aplicação do enunciado de súmula em referência, o STJ houve por bem cancelar o enunciado. Possivelmente, foi o enunciado que permaneceu válido pelo menor espaço de tempo na história do Tribunal; durou aproximadamente 7 (sete) meses.

Em 22 de agosto de 2018, no decurso do julgamento do Recurso Especial nº 1.555.722/SP, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em momento de rara autocrítica, reconheceu os problemas que a interpretação errônea do enunciado de súmula estava gerando perante os Tribunais de segunda instância. Na linha da extensa argumentação construída aqui, o Ministro Lázaro Guimarães fez constar em seu voto condutor que:

“o assinalado enunciado merece ver esclarecida qual é sua correta interpretação, pois, como alertado pelo em. Ministro Luis Felipe Salomão na sessão de julgamento que decidiu afetar a questão a este Colegiado, as instâncias de origem têm entendido “que o enunciado simplesmente veda todo e qualquer desconto realizado em conta-corrente comum (conta que não é salário), mesmo que exista prévia e atual autorização conferida pelo correntista” e que, portanto, “vem

371 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

sendo conferida exegese que não tem esteio no conjunto de precedentes que embasam o enunciado"

O Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, segue na mesma linha de raciocínio e esclarece qual é a verdadeira razão de decidir (*ratio decidendi*) do precedente consolidado no enunciado de súmula, senão vejamos:

"O que a súmula 603/STJ desejou proibir, a meu juízo, foi que, existindo o débito, ainda que o correntista autorize, o Banco possa fazer o cálculo do que é devido e, sem autorização judicial, invada o patrimônio bancário do consumidor e satisfaça o seu crédito, o que é bem diferente de contratar um mútuo e permitir o desconto autorizado das prestações contratadas."

(...)

"Nesses termos, percebe-se do enunciado da Súmula 603/STJ que sua redação invoca o termo "reter", largamente utilizado pela jurisprudência, por dispositivos legais e institutos de direito civil, para situações de autotutela, em que uma parte (credora) se sobrepõe - isto é, contrariamente ou pelo menos independentemente da vontade daquele que a ela se submete - a outra, restando coisa do devedor consigo para o adimplemento de seu crédito (v.g., direito do hotelero de reter consigo bem do devedor até que ocorra o pagamento, retenção por benfeitorias)."

Como se vê, tem-se um caso exemplar de má construção do enunciado de súmula, que resultou na tentativa fracassada de simplificar o processo de formação e de aplicação de um precedente. Para tanto, é suficiente a constatação do fato de que o próprio órgão editor do enunciado precisou reunir o colegiado para interpretar o que ele mesmo quis dizer em momento anterior.

A adaptação a um sistema de precedente exige empenho dos sujeitos envolvidos na resolução das demandas judiciais, bem como tempo de maturação para que se compreenda a importância de identificação da *ratio decidendi*, bem como de lidar com novos institutos e ferramentas, explicitadas em tópico anterior, de maneira transparente.

Conclusão

No modelo de precedente original, próprio do *common law*, a integridade do Direito e a manutenção da força dos precedentes não decorre de uma imposição legal ou política, ao contrário do que o legislador pretendeu implementar no Brasil. Nos países que

seguem a tradição do Direito comum europeu, o precedente fixado é naturalmente incorporado e seguido pelos demais órgãos judiciais.

A esse respeito, é possível traçar um paralelo com a regra de reconhecimento cunhada por Herbert Hart, segundo o qual a validade de uma norma jurídica – incluímos aqui a norma extraída do precedente – pode ser sintetizada como decorrência de uma prática social, ou seja, é o próprio reconhecimento das normas pelo juízes que as torna válidas e confere unidade sistêmica a esse grupo de normas.

Essa concepção de Hart, apesar das inconsistências, é suficiente para que se compreenda o porquê de os precedentes serem naturalmente preservados nos países que adotam um modelo com inspiração preponderante no *common law*, independentemente de qualquer previsão legal ou pretensão de validar a eficácia vinculante do precedente de forma jurídico-positiva.

Dessa forma, não será a lei, por si só, no Brasil, a responsável por impor e assegurar a integridade e a coerência a um sistema de precedentes, senão a aceitação pelos órgãos judiciais de que a unidade desse modelo passa, necessariamente, pelo que Hart denominou por regra de reconhecimento.

De nada adianta os Tribunais Superiores promoverem a inclusão de inúmeros enunciados nas chamadas súmulas de jurisprudência. Essa prática não necessariamente confere coerência e integridade ao Direito, como foi demonstrado aqui a partir do caso da criação do enunciado nº 603 da Súmula do STJ.

O julgamento do caso concreto é de onde se extrai a *ratio decidendi*, por meio da identificação dos fatos jurídicos a ele vinculados em conjunto com a fundamentação jurídica empregada na resolução da causa. Todavia, no momento em que se constrói um enunciado de súmula, o órgão judicial sai do contexto delimitado pelo caso concreto, dá um passo atrás e cria um enunciado genérico e abstrato, o que impossibilita a identificação do precedente de imediato.

A formalização desse tipo de enunciado abstrato gera um problema identificado por Claus Wilhelm Canaris (1996, p. 20) ao tratar do formalismo positivista, cuja compreensão pode ser estendida a qualquer norma geral e abstrata. Segundo o autor, a construção de uma fórmula abstrata gera a redução das suas proposições, que não conseguem abranger toda a multiplicidade de ocorrências possíveis no mundo dos fatos. Assim, ao serem invocadas para aplicação em um caso concreto, podem não dispor de elementos suficientes para solucionar o problema.

O caminho a ser percorrido pelos juízes é o de, em casos posteriores, determinarem qual a *ratio decidendi* dos casos pretéritos que deram origem ao precedente que ensejou a criação do enunciado de súmula. Esse percurso pode ser resumido pelo que Dworkin chamou de romance em cadeia (*chain novel*), como evidenciado em tópicos anteriores do trabalho. Assim, a positivação do Direito pelos juízes, por meio da aplicação reiterada do precedente, consiste na forma de manter a integridade do sistema jurídico.

Também não é possível ignorar o fato de que toda construção a partir do uso de uma linguagem é passível de interpretação. A mera aplicação mecânica ou subsuntiva não passa de uma ilusão superada com o declínio da escola da exegese. A premissa é igualmente válida para um precedente, situação esta que também se tornou clara por meio do exemplo de como a aplicação do enunciado nº 603 da Súmula do STJ gerou dúvidas e insegurança notadamente aos jurisdicionados, assim como aos outros atores envolvidos na manipulação do Direito.

A divergência gerada pela aplicação do mencionado enunciado de súmula reforça o fato de que essas espécies de enunciados não oferecem de plano as razões de decidir do precedente que as originou. Além disso, revigora a importância de se identificar e delimitar a essência da *ratio decidendi* do precedente e da necessidade do emprego adequado e transparente das ferramentas de aplicação do precedente, sobretudo se o órgão judicial entender ser o caso de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*).

A validade do sistema de precedentes não pode ser justificada apenas de forma jurídico-positiva. De outra forma, o art. 926, e seguintes, do CPC (Título I do Livro III) seguirão formalmente vigentes, porém destituídos de qualquer resquício de eficácia. A estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, culminando na efetividade e funcionalidade de um sistema de precedentes, somente serão alcançadas se houver o reconhecimento pelos juízes de que o precedente precisa ser levado a sério.

Referências

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

_____. Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 17 de abril de 1933.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 12 de dezembro de 1998.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 11 de janeiro de 2002.

_____. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 18 de dezembro de 2003.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 20 de dezembro de 2006.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 17 de março de 2015.

_____. Lei n. 13.172, de 21 de outubro de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 22 de outubro de 2015.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil, v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, 10^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. "A técnica do julgamento alerta na mudança de jurisprudência". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221, p. 39.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 2^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. O império do direito, 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. London: Harvard University Press, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 2: teoria geral das obrigações, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Pólitico. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª. ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004.

O PAPEL DOS LARES DE ACOLHIMENTO E DOS CONSELHOS TUTELARES PERANTE A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM O USO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO

MARIA LAURA DE SOUSA SILVA:

Graduanda no curso de direito pela Associação Vitoriense de Educação, Ciência e Cultura - AVEC Centro Universitário FACOL - UNIFACOL.

RESUMO: O presente artigo busca compreender como alguns setores sociais, quais sejam, os lares de acolhimento e os conselhos tutelares, atuam em face do processo adotivo brasileiro. Necessário destacar que, o desempenho de certas funções por parte desses setores, compreende em etapas executórias das decisões proferidas pelo judiciário no que tange a retirada da criança da situação de vulnerabilidade e realocada em um ambiente seguro. Para construção do entendimento, é necessário analisar quais as limitações da atuação dos conselhos tutelares diante da infração dos direitos constitucionais garantidos a toda criança e adolescente. Observa-se também, como os lares de acolhimento desempenham atividades de grande importância, ao acolher o sujeito que se encontra em situação de vulnerabilidade. Os direitos da criança e do adolescente são especialmente tutelados pelo estado, porém, por vezes, as autoridades competentes deixam de priorizar o bem-estar dos sujeitos de direito, quando constatado a irregularidade do instituto, fato que os marginaliza ainda mais, mitigando a convivência familiar. Por fim, analisa-se como o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, ferramenta que surgiu para otimizar o processo e trazer celeridade, atua de forma contrária perante o processo adotivo.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Processo. Convivência familiar.

ABSTRACT: This article seeks to understand how some social sectors, namely, foster homes and guardianship councils, act in the face of the Brazilian adoption process. It is necessary to point out that the performance of certain functions by these sectors, comprises in execution stages of the decisions rendered by the judiciary regarding the removal of the child from the situation of vulnerability and relocated in a safe environment. In order to build the understanding, it is necessary to analyze the limitations of the action of the tutelary councils in the face of the violation of the constitutional rights guaranteed to every child and adolescent. It is also observed how shelter homes perform activities of great importance, when welcoming the subject who is in a situation of vulnerability. The rights of children and adolescents are especially protected by the state, however, sometimes, the competent authorities fail to prioritize the well-being of the subjects of law, when the institute's irregularity is verified, a fact that marginalizes them even more, mitigating

coexistence. familiar. Finally, it analyzes how the National Adoption and Reception System, a tool that emerged to optimize the process and bring speed, acts in a contrary way towards the adoption process.

KEYWORDS: Adoption. Process. Family living.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que o processo adotivo é composto por uma série de profissionais e, cada um com sua peculiaridade, contribui para a formação de vínculo entre partes anteriormente inexistentes, que visam a efetivação da convivência familiar, direito previsto na Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Os primeiros sujeitos a serem elencados são os conselhos tutelares, visto que, observado o contexto concreto, na maioria das vezes, são os primeiros a ter contato com a criança que vivenciará o processo adotivo. Trata-se de um órgão que não compõe o poder judiciário, mas atua diretamente ao ter o primeiro contato com a criança/adolescente que se encontra em situação de vulnerabilidade. Destaca-se que, esse órgão tem atividade restrita ao cumprimento das decisões judiciais, e atua apenas de forma instruir os membros da família biológica perante o dever de cuidado do menor, ou retirada da criança do meio infrator.

Outro setor atuante no processo adotivo que desempenha atividades de grandioso cuidado trata-se dos lares de acolhimento. São eles os responsáveis pelo tratamento de cuidado aplicado às crianças e adolescentes que foram removidos do seio familiar biológico em razão da suspensão ou destituição do poder familiar. São nos lares de acolhimento que a criança/adolescente encontra segurança, compreensão e cuidado, aos direitos e garantias que foram descumpridos na família originária. Por isso, analisa-se então a atuação desse setor, as limitações impostas a ele, bem como, a forma que o exercício dessa função busca garantir o bem-estar dos acolhidos.

Por sua vez, ao compreender a atuação do Poder Judiciário no instituto da adoção, analisa-se um exercício muito mais extenso, tendo em vista que do afastamento da criança da família biológica, até a realocação em uma família substituta, todos os atos dependem do aval judicial. A partir desse contexto, é necessário destacar que, apesar do conceito que rege o propósito do instituto, há situações em que a autoridade competente precisa decidir entre a infração da convivência familiar ou a infração da norma penal. Por isso, é importante debruçar-se no estudo sobre como o judiciário atua no caso em concreto considerando o contexto mencionado.

Destacando-se ainda que, implementado no processo adotivo visando aproximar a sociedade do instituto da adoção e tornar mais célere o processo, o Sistema Nacional de

Adoção e Acolhimento, contrariamente ao esperado, ocasionou extensão das filas de espera. Cabe então, a busca pela compreensão do que resultou no efeito contrário do objetivado, tendo em vista que, após cadastrados em tal sistema, as partes encontram-se aptas, porém a convivência familiar encontra obstáculos para ser efetivada.

2. LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE DOS CONSELHOS TUTELARES NO ATO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

O processo adotivo é cercado de uma série de cuidados e critérios, conforme anteriormente mencionado. Destaca-se que, para o efetivo cumprimento de todas as exigências que a lei dispõe acerca desse procedimento, é necessária atuação de diversos profissionais que contribuem entre si para buscar o amparo à criança ou adolescente em situação de vulnerabilidade.

O papel do conselho tutelar perante ao instituto da adoção é um ponto a receber destaque. O mencionado grupo tem suas atribuições previstas no art. 136 do ECA, e ao ponto que lhe traz legitimidade para agir perante as crianças e adolescentes em estado de marginalidade, também deverá ser observados os limites que permeiam tal conselho.

Elegidos popularmente, os membros do conselho tutelar são representantes ativos na sociedade. É por meio deles que a sociedade como um todo encontra acesso para denunciar as situações de infração dos direitos das crianças, e através deles que muitas vezes, o processo adotivo tem início.

De acordo com Pereira (2007, p.70) a criação dos conselhos tutelares foi uma forma que a doutrina da proteção integral à criança utilizou para descentralizar do judiciário todas as funções que giram em torno da proteção e zelo aos direitos das crianças.

O primeiro ponto de destaque acerca dos conselhos tutelares está previsto no art. 131 do ECA, que seria a característica de ser um órgão autônomo, ou seja, ele não faz parte do poder judiciário. E apesar de ter efetiva participação em uma série de medidas que visem a proteção das garantias da criança, esse conselho não possui legitimidade postulatória para as lides que envolvam crianças e adolescentes, ficando tal função a cargo do Ministério Público, de acordo com art. 136, IV do ECA.

No que tange o processo adotivo, diante do forte estigma que cerca o tema, muitas das vezes, a mãe que não possui recursos para criar o filho recorre ao conselho tutelar, que por sua vez, precisando de um aval judicial, nunca atuando de ofício, procede com os atos necessários, aconselhando os pais, cientificando-os para que a criança possa ser acolhida no lar institucional da melhor maneira possível (FARAJ; ANTONIAZZI;

SIQUEIRA, 2021).

O fato é que, a atuação do conselho tutelar mesmo sendo direta frente a família sanguínea da criança, este não poderá tomar decisões no curso do processo em questão, pois além de não fazer parte do judiciário, todas as atividades de postulação e de condão decisivo se limitam aos membros do retro mencionado poder. O conselho que é o responsável por ter o primeiro contato com a criança/adolescente em estado de vulnerabilidade, recebendo denúncias, tomando conhecimento de situações infratoras dos direitos dessa classe, entre tantas outras atribuições previstas no art. 136 da Lei nº 8069/90 amparada constitucionalmente.

Dentro das atividades previstas legalmente no desempenho de um membro do conselho tutelar, destacam-se as medidas protetivas utilizadas para que a criança seja removida da situação crítica em que se encontra. Tais medidas não podem ser desempenhadas sem uma prévia autorização do juiz competente, mas, após o aval judicial, é competência do conselho tutelar pô-las em prática. Acerca da adoção, tais medidas são aquelas referentes ao acolhimento institucional, bem como, posteriormente, a inclusão da criança em um programa de acolhimento familiar e por fim, a realocação da criança em uma nova família (MOREIRA, 2014).

Portanto, compreende-se que apesar do conselho tutelar mostrar-se como um órgão fundamental no deslinde do processo adotivo, mesmo sendo o primeiro a tomar conhecimento do ato infracional do direito da criança/adolescente, este membro não poderia promover nenhuma medida autônoma que sane a situação de perigo sem antes o direcionamento do caso a autoridade competente. Isso, além de comprometer a celeridade dos atos, ainda mantém a criança por tempo prolongado junto aos infratores de seus direitos, pondo em cheque a atuação do judiciário perante tais casos.

3 A IMPORTÂNCIA DOS LARES DE ACOLHIMENTO PERANTE A MOROSIDADE DO PROCESSO ADOTIVO E A INERCIA DO ESTADO NA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS CONTRA AS CAUSAS DE VULNERABILIDADE

O acolhimento institucional é uma ferramenta do estado para amparar crianças e adolescentes que encontram-se por algum motivo afastados de seu núcleo familiar biológico, e dependendo do período que seja determinado para o sujeito ficar neste ambiente, é possível compreender a situação em que o sujeito está vivenciando.

Ao tratar do acolhimento institucional das crianças e adolescentes que encontram-se em situação de vulnerabilidade é preciso antes compreender que tipo de acolhimento o indivíduo está enquadrado: poderá ser pelo período de 48hs, seis meses, ou o de período estendido, que a lei prevê duração de 18 meses (PACHECO, 2010, p.16).

Ocorre que, no caso do acolhimento em menor período, correspondente ao período de 48hs, são para os casos de retirada da criança/adolescente de perigo iminente, emergencial, ou seja, uma situação atual que esta acontecendo e que o indivíduo precisa ser retirado da situação de vulnerabilidade. Por sua vez, o acolhimento pelo período de até seis meses, é indicado quando a criança/adolescente precisa ficar afastado do âmbito familiar em razão de alguma situação que poderá ser resolvida, tratando de um afastamento temporário. E por último, o acolhimento institucional pelo maior período, que enquadra-se as situações de destituição do poder familiar, onde a lei prevê no art. 19, §2º do ECA (PACHECO, 2010, p.16).

Com base na análise dos apontamentos anteriores acerca das preferencias dos adotantes sobre as crianças aptas para adoção, bem como, os diferentes tipos de acolhimento institucional, é possível questionar se o fluxo saída de crianças dessas instituições correspondem aos ditames legais, tendo em vista que o apenas cerca de 3.760 crianças do Brasil todo encontram-se aptas para serem adotadas, porém, em número consideravelmente maior, a margem de crianças acolhidas, ultrapassa 29 mil (BRASIL, 2021).

É necessário destacar também que, os lares institucionais recebem essas crianças após um prévio aval judicial, e que ao superlotar esses ambientes, o estado deixa de cumprir sua própria função de dar amparo e recursos a essas instituições, negligenciando ainda mais a situação da criança/adolescente que foi acolhida, ao ponto que própria que lei prevê um prazo máximo de acolhimento que não pode ser observado em razão das medidas adotadas pelo poder judiciário que reafirmam a segregação das crianças e adolescentes (FERNANDES; MARTINS, 2019, p.5).

O que põe-se em cheque sobre tal fato trata-se de quais são as políticas públicas realizadas pelo estado para atuar diretamente contra essa margem numérica estratosférica de crianças sendo acolhidas. Sendo importante destacar que o problema em questão não se trata do acolhimento propriamente dito, mas sim, o que gera o estado de vulnerabilidade da criança/adolescente e como o estado age para impedir que esses vetores sejam cada dia mais comuns, infringindo os direitos daqueles que são especialmente protegidos pelo ECA e pela CF/88.

Logo, compreende-se que, dentro do que tange o processo adotivo, as causas de morosidade estão interligadas e refletem em diversas áreas. O acolhimento institucional recebe papel de grande importância no processo adotivo, porém, são muitos os motivos que ocasionam o acolhimento de uma criança. Evidencia-se que o estado não está atuando de forma a prevenir tais situações vetores da vulnerabilidade infante juvenil, não promovendo a criação de políticas que combatam a miserabilidade, bem como, as

condições precárias vivenciadas pelas famílias marginalizadas que infringem os direitos das crianças/adolescentes (BARBOSA et al., 2021, p.13).

Os lares institucionais de acolhimento se deparam diversas crianças, de diferentes faixas etárias, raças, com diversas especificações, cada uma com sua situação de peculiaridade, mas que encontram um ponto em comum, fugir do estado de vulnerabilidade. Porém, ao serem postas como aptas para adoção, o que determina sua inserção numa família substituta não é o amor fraternal, mas sim, um padrão social imposto em razão do afunilamento proporcionado pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, onde a criança demora cada vez mais para conseguir sair do lar de acolhimento, passando em muitos casos, seus anos iniciais de desenvolvimento sem o amparo familiar garantido constitucionalmente.

4 MITIGAÇÃO AO DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO NOS CASOS DE ADOÇÃO ILEGAL

Conforme anteriormente mencionado, a convivência familiar é uma garantia assegurada pela Carta Magna em seu art. 227, caput. Tal garantia tem como foco a proteção de um direito inerente a toda criança e adolescente de estar amparado por um seio familiar que o instrua em seu crescimento baseado nos princípios sociais da moral e da ética.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, norma infraconstitucional, em seu artigo 4º reafirma o entendimento da lei maior, trazendo mais sustento acerca de toda a proteção voltada a criança e ao adolescente acerca de um correto desenvolvimento desses indivíduos e da importância do amparo por convívio familiar seguro (PEREIRA; COSTA, 2005, p.22).

Atualmente, o princípio que rege o instituto da adoção é o da proteção integral da criança/adolescente visando sempre a realização de medidas que de fato efetivem melhores condições para esses sujeitos, os retirando da situação de vulnerabilidade em que se encontram. Dessa forma, compreende-se que, ao tratar de um caso em concreto de adoção à brasileira, por exemplo, não deve analisar isoladamente o crime cometido, mas sim, a situação atual em que se encontra a criança, tendo em vista que as decisões devem sempre cooperar para o melhor interesse da criança/adolescente (GONÇALVES, 2011, p. 377).

Nesse contexto, é possível elencar que o princípio da convivência familiar é por vezes mitigado, tendo em vista que ficará a critério do julgador compreender se o caso ensejará infração a lei penal ou afronta direta a garantia constitucional. Visando o melhor interesse da criança e a análise do caso em concreto, o Tribunal de Santa Catarina decidiu

por manter a adoção à brasileira, concedendo o perdão judicial ao sujeito ativo em razão da nobreza da atitude no caso específico. Vejamos:

Ementa: AÇÃO PENAL. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. GENITORA SEM CONDIÇÕES DE PROVER O SUSTENTO DA CRIANÇA E QUE CONCORDA COM A ENTREGA ÀQUELE QUE FIGURA COMO PAI. MOTIVO NOBRE EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. DECISÃO ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO. Se a conduta definida como crime no caput art. 242 do Código Penal é perpetrada por motivo de reconhecida nobreza, pode o juiz, autorizado pelo parágrafo único da aludida norma, deixar de aplicar a pena e conceder ao acusado o perdão judicial, forma de extinção da punibilidade que abrange tanto os efeitos primários, quanto os secundários da sentença. (TJ-SC - Recurso Criminal RCCR 167679 SC 2010.016767-9) **(BRASIL, 2010)**.

Mas nem sempre dessa maneira decidem os tribunais, tendo em vista que, como foi anteriormente mencionado, tudo dependerá do caso em concreto para que o julgador avalie se o caso ensejará a mitigação da garantia a convivência familiar, ou brechas que permitam o desvio da lei penal, tendo em vista que o bem tutelado é o bem estar da criança/adolescente.

Os casos de mitigação dessa garantia também são recorrentes em situações em que o adotante volta atrás da decisão tomada após o registro de filho alheio como próprio, também em situação de adoção à brasileira, neste contexto apenas seria possível identificar rescindir esse vínculo se no ato de sua formação, estivesse eivado de vício (OLIVEIRA, 2018, p.53).

Importante destacar que, o estado em certas situações mostra-se como agente infrator que ocasiona a mitigação da convivência familiar, como por exemplo, na possibilidade de retirada da criança de um ambiente e que já encontrava-se habituada e longe da vulnerabilidade, e realocação em um processo adotivo moroso, onde perspectiva elencada, não possibilitaria o acesso a tal garantia constitucional implicará uma segregação daqueles que tiveram a instrução e o amparo de uma família e aqueles que cresceram em lares de acolhimento (BAHIA, 2008, p. 2077).

Perante tal compreensão, é possível elencar que tudo gira em torno de um único vetor: a falta de atos efetivos por parte do estado. Seja no amparo da família marginalizada que vive em estado de pobreza, ou na falta de incentivos educacionais que previnam as situações de vulnerabilidade, o estado esta presente nas lacunas que dão

origem a uma série de atos que colaboram para a criação do estado de vulnerabilidade da criança/adolescente sujeito do caso em questão.

Destaca-se que, o apoio social é de suma importância nesse processo evolutivo, tendo em vista que a criança/adolescente em seus anos iniciais é influenciada sobretudo pelo contexto que vivencia. Dessa maneira, formando um grupo de proteção e apoio aos sujeitos protegidos, não só os membros familiares, como também os vizinhos devem ter consciência de que deverá sempre prevalecer o bem estar desses sujeitos, e que em havendo uma situação de crise, é um dever de cada cidadão colaborar para que o problema seja sanado, e para tanto, surge a devida instrução promovida pelo estado (FURTADO; MORAIS; CANINI, 2016, p. 139).

Para sanar tais vetores de mitigação de tal garantia constitucional, o ECA é claro ao expor que, no caso em concreto todas as medidas deverão ser adotadas antes que seja cogitada a retirada da criança/adolescente da relação parentesco sanguínea, dando propriedade ao plano acolhimento familiar concretizado em 2006, onde a criança é temporariamente afastada da situação de vulnerabilidade e realocada em uma família acolhedora (FERMENTÃO; GARCIA; BALDASI, 2021, p.151). E por sua vez, uma grande resolução de tais conflitos seria a implementação de políticas públicas efetivas retirem a criança de uma vez por todas do estado de vulnerabilidade e garantindo a convivência familiar de forma célere, efetiva e legal (p.154).

Conclui-se, portanto, que a mitigação da garantia a convivência familiar ocorre em diversas situações, seja no processo judicial, como por exemplo quando a criança é retirada de um lar em que já estava habituada em razão da adoção ter ocorrido de forma irregular, ou em situações originárias que em razão da omissão estatal ocasionam o estado de vulnerabilidade. Para corrigir tais situações, o estado e a sociedade devem na proporção de sua capacidade buscar a resolução do conflito, infringindo o mínimo possível da garantia concedida a toda criança/adolescente.

5 SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO COMO MEIO DE REFORÇO DOS ESTEREÓTIPOS SOCIAIS

Quando o que está em questão é a proteção de crianças e adolescentes a lei brasileira expõe uma série de requisitos anteriormente mencionados para que a família substituta possa fornecer a criança os cuidados essenciais ao seu correto desenvolvimento.

Destaca-se também que, para chegar ao ponto de uma criança ser realocada em uma nova família, os pretendentes enfrentam uma série de análises a fim de comprovação de aptidão para o desempenho da função de pais. Configurada a capacidade das partes e o enquadramento nos requisitos legais, os pretendentes são

inscritos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

É possível considerar que o instituto da adoção tenta equiparar-se a formação de uma família de forma natural, tendo a intervenção judicial neste âmbito. Ao analisar dados do site do Senado Federal, é possível verificar que atualmente, no que tange busca realizada em 19 de março de 2022, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento conta com cerca de mais 29.700 crianças cadastradas e mais de 33.000 mil pretendentes a adotar (BRASIL, 2022).

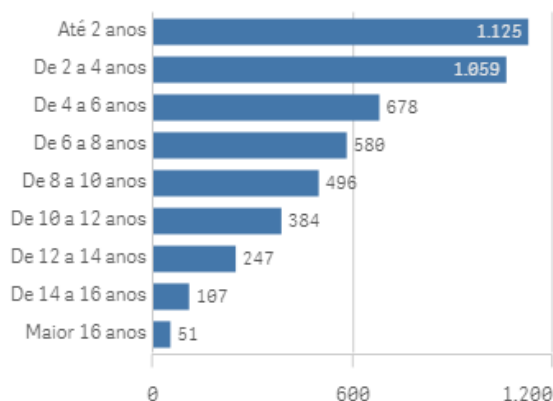
Foi evidenciado que ao serem cadastrados no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, os pretendentes não buscavam apenas mais um filho para compor o núcleo familiar, mas também alguém que pudesse representar a extensão de sua família, com características semelhantes aos dos membros já inclusos. Foram destacadas preferências acerca da idade, cor, sexo, entre outros requisitos que são solicitados junto ao sistema a fim delimitar a busca de uma criança que se enquadrar nos moldes solicitados pelos pretendentes (AMIM; MENANDRO, 2007, p. 246).

Como retro mencionado, um dos grandes requisitos solicitados pelos pretendentes é a delimitação da idade da criança pretendida. O fato é que, há um estereótipo fortalecido pela sociedade, cercado de questões culturais que sustentam o costume de busca por crianças com idade mínima possível, na ideia de que essas não estariam tão afetadas pela condição de vulnerabilidade que lhes foram impostas. Tendo base nisso, a maioria das crianças requisitadas são aquelas de até 2 anos de idade, onde a partir do terceiro, já considera-se o caso como uma adoção tardia (OLIVEIRA, 2019, p. 32).

A grande discussão toma lugar quando se analisa as crianças que passam nos lares de adoção sem encontrar uma família por simplesmente não se enquadrarem no modelo "ideal" imposto pela sociedade. O sistema nacional de adoção e acolhimento, traz margem para que essa segregação aconteça ao ponto que possibilita estipulação de critérios pelos pretendentes acerca da criança que melhor atender suas expectativas. Vejamos o que dispõem os dados do Senado Federal:

Figura 1: O sistema nacional de adoção e acolhimento aponta a faixa etária:

Por faixa etária



Fonte: Senado Federal (2021)

Fica evidente a preferência dos pretendentes por crianças de até 2 anos, como sendo um dos tantos critérios impostos a essas crianças que já foram tão marginalizadas pela sociedade, tudo isso a fim de que encontrem um seio familiar que possa lhe garantir um correto desenvolvimento.

Ao evidenciar o arcabouço bibliográfico sobre o tema, ressalta-se a pequena quantidade de crianças que se enquadram nos padrões solicitados pelos requerentes, onde muitas delas que se encontram nos lares de acolhimento não alimentam mais a esperança de encontrar uma família substituta (SILVA; LIMA, 2019, p.393).

Aponta-se o sistema jurídico utilizado para cadastro das partes, qual seja, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, como um vetor da difusão de desigualdades, onde é possibilitado ao pretendente delimitar o campo de busca por crianças aptas com indicadores que não determinam a criança a condição da criança, mas sim, se a última se enquadra dentro dos padrões sociais exigidos.

É a partir deste ponto que surge a lacuna do poder judiciário, onde essa delimitação deixa de dar foco a criança vulnerável para satisfazer escolha estereotipada do pretendente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, foi possível compreender as particularidades das atividades desempenhadas pelos integrantes ativos do processo adotivo. Analisou-se como os diversos setores agem, a fim de atingir o objetivo almejado pelo instituto que visa devolver a criança e ao adolescente os direitos que foram infringidos, tutelando sobretudo, a garantia à convivência familiar.

Foi possível construir o entendimento que, apesar da atuação expressiva dos conselhos tutelares, esse órgão tem atuação limitada e restrita a execução das ordens exaradas pelo poder judiciário, tendo em vista se tratar da proteção de direitos voltados a sujeitos que são especialmente protegidos pelo estado. É do conselho tutelar o dever de encaminhar o caso a autoridade competente, quando por vezes, é o primeiro a ser noticiado acerca da situação infratora. É dele também, o dever de instruir os familiares de maneira cuidadosa e de forma a zelar pelo bem-estar das crianças/adolescente, e havendo determinação judicial, afastar esses últimos do âmbito de vulnerabilidade.

Por sua vez, os lares institucionais surgem de forma a amparar crianças e adolescentes que se encontram com seu direito a convivência familiar suprimido. Apesar de a lei prever uma passagem rápida da criança/adolescente nos referidos locais, a prática destoa da realidade quando, analisando os casos concretos, encontram-se indivíduos que passam a maioria de seus anos iniciais em lares de acolhimento. São eles que suprem a ausência do instituto familiar, garantindo o repasse de valores, a devida instrução, bem como a segurança.

O índice de saída das crianças dos lares institucionais é menor do que o de entrada, ao ponto que a imposição de estereótipos da criança ideal para ser adotada, resulta em uma segregação que mitiga cada vez mais as chances de realocação dela em um lar substituto, em razão de não se enquadrar nos padrões sociais exigidos, fator esse, que foge do fim último do instituto.

Acerca do impasse sofrido pelo judiciário perante os casos de adoção ilegal, compreende-se que, mais uma vez, prevalece o fundamento que ampara o instituto, qual seja, os princípios. Via de regra, todo caso em concreto, contendo suas peculiaridades, devem ser analisados na medida de sua individualidade, mas o entendimento que prevalece e deve ser aplicado em todos os contextos, é que, havendo situação de adoção ilegal, deverá ser observada a condição da criança, se a situação lhe é mais favorável ou não, casos em que poderá ser cogitado o perdão judicial ao crime cometido.

Aponta-se ainda que, observa-se o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento como um instrumento que atua como entrave ao deslinde do processo adotivo. Tal constatação se deu em razão de o referido sistema possibilitar o reforço de estereótipos sociais que segregam as crianças que não se enquadram no padrão exigido, bem como, inviabiliza o alcance da efetivação do direito da convivência familiar.

Nesse contexto, depreende-se um processo adotivo com nobres objetivos, mas que quando colocado em prática, evidenciam lacunas que precisam ser sanadas para que o objetivo do instituto possa ser efetivado, garantindo as crianças e adolescentes uma vida digna, com o amparo da instituição familiar e da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AMIM, Isabela Dias; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Preferências por características do futuro filho adotivo manifestadas por pretendentes à adoção. **Interação em Psicologia**. Curitiba, v. 11, n.2, p. 241-252, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/7653/8145>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BAHIA, Claudio José Amaral. A omissão estatal em relação ao dever de concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: a responsabilidade pela perda de uma chance. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do Congresso Nacional do Conpedi**. Bahia, 2008, p. 2060-2082. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudio_jose_amaral_bahia.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

BARBOSA, Liana Dantas da Costa e Silva et al. Crianças e adolescentes em espera de adoção: implicações psicológicas e sociais. **Revista científica multidisciplinar**, Teresina, v. 2, n. 6, p. 1-15, 2021. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/382/359>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**, 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 12 out. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Criminal RCCR nº 167679. AÇÃO PENAL**. Registro de filho alheio como próprio. Genitora sem condições de prover o sustento da criança e que concorda com a entrega àquele que figura como pai. Motivo nobre evidenciado. Aplicação do Art. 242, Parágrafo Único, do Código Penal. Concessão do Perdão Judicial. Decisão acertada. Recurso Desprovido. Se a conduta definida como crime no caput art. 242 do Código Penal é perpetrada por motivo de reconhecida nobreza, pode o juiz, autorizado pelo parágrafo único da aludida norma, deixar de aplicar

a pena e conceder ao acusado o perdão judicial, forma de extinção da punibilidade que abrange tanto os efeitos primários, quanto os secundários da sentença. (TJ-SC - RCCR: 167679 SC 2010.016767-9, Relator: Sérgio Paladino, Data de Julgamento: 02/06/2010, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Recurso Criminal n., de Ponte Serrada). Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17572133/recurso-criminal-rCCR-167679-sc-2010016767-9>. Acesso em: 27 abr. 2022.

FARAJ, Suane Pastoriza; ANTONIAZZI, Mariana Peripolli; SIQUEIRA, Aline Cardoso. Atuação dos conselheiros tutelares nos casos de entrega de um filho para adoção. **Revista Interinstitucional de Psicologia**, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 1-24. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202021000200002. Acesso em: 5 mar. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Marcos Vinicius Soler. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. **Revista direitos sociais e políticas públicas**, São Paulo, v.9, n.1, p.136-170. 2021. Disponível em: <file:///D:/Dados/Downloads/577-2796-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

FERNANDES, Solange; MARTINS, Leidiane de Jesus. Acolhimento institucional para as crianças e adolescentes e políticas públicas: violação de direitos da família ou do estado?. In: 16º CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, 2019, Brasília. **Anais do 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais: "40 anos da "Virada" do Serviço Social"**. Brasília, 2019, p. 1-12. Disponível em: <https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/606/591>. Acesso em: 03 abr. 2022.

FURTADO, Antonia Gomes; MORAIS, Klenia Souza Barbosa de; CANINI, Raffaella. O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: construção histórica no Brasil. **Serviço social em revista**. Londrina, v.19, n. 1, p. 131-154. 2016. Disponível em: <file:///D:/Dados/Downloads/23712-127870-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MOREIRA, Maria Ignez Costa. Os impasses entre acolhimento institucional e o direito à convivência familiar. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 26, p. 28-37, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/8K6q7MWYjwhrMtBKQxtQ34t/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 12 mar. 2022.

OLIVEIRA, Carolina Palhano de. **A Política do Sistema Nacional de Adoção e acolhimento (SNA) no Brasil: limites e possibilidades com relação a adoção tardia.**

2019. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Universidade de Santa Cruz do Sul, Sobradinho, 2019. Disponível em:

<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2649/1/Carolina%20Palhano%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022

OLIVEIRA, Letícia Fernandes de. **Adoção à brasileira um estudo sobre diferentes perspectivas: crime ou amor?.** 2018. 65f. Trabalho para Conclusão de Curso

(Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, São Paulo, 2018. Disponível em:

<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/27/3/ADO%c3%87%c3%83O%20%c3%80%20BRASILEIRA%20-%20LET%c3%8dCIA%20FERNANDES%20DE%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

PACHECO, Paulo Jorge Carvalho. **Lares de infância e juventude:** contributos para um modelo de acolhimento e integração social. 2010. 110f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010. Disponível em:

https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1946/2/DM_943.pdf. Acesso em: 3 abr. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios na garantia do direito à convivência familiar. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, vol.15. n.1, p. 19-31, 2005. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19746/21811>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SILVA, Dyandra Janylle Rosário da; LIMA, Rivânia da Silva. A longa permanência de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, em Castanhal/PA.

Revista EDUCAmazonia, Manaus, v. 22, n.1, Ano 12, p. 388-396, jan./jun. 2019.

Disponível em:

<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/educamazonia/article/view/5788/4507>. Acesso em: 20 mar. 2022.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, UMA GARANTIA FUNDAMENTAL À SAÚDE OU A RUPTURA DA EQUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO

MILENA NASCIMENTO DE ANDRADE:

Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O desiderato do presente trabalho é apresentar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, bem como analisar o cenário atual das ações judiciais que versam sobre o desempenho do Estado diante do seu dever de garantir um dos principais direitos sociais que a Constituição Federal de 1988 apresentou como um direito fundamental e de todos. Assevera-se, ainda, que Constituição Federal representou um marco significativo ao direito à saúde, buscando garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É imprescindível, analisar que a intervenção do judiciário é muito importante para assegurar a proteção da saúde pública e suprir as omissões inconstitucionais do executivo. Contudo, no decorrer dos últimos anos, discute-se sobre a quantidade e efetividade das demandas judiciais que pleiteiam o devido acesso à saúde, pois considerando a grande quantidade de indivíduos que dependem do Sistema Único de Saúde, essa intervenção judicial pode beneficiar os direitos individuais, mas poderia eventualmente ensejar uma ruptura no direito à saúde da coletividade.

Palavras-chave: Saúde Pública; Judicialização; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas.

ABSTRACT: The purpose of this work is to present the question of the judicialization of the right to health in Brazil, as well as to analyze the current scenario of legal actions that deal with the performance of the State in face of its duty to guarantee one of the main social rights that the Federal Constitution of 1988 presented as a fundamental right of all. It is also asserted that the Federal Constitution represented a significant milestone for the right to health, seeking to guarantee through social and economic policies that aim to reduce the risk of diseases and other injuries and universal and equal access to actions and services for its promotion, protection and recovery. It is essential to analyze that the intervention of the judiciary is very important to ensure the protection of public health and to remedy the unconstitutional omissions of the executive. However, over the last few years, there has been a debate about the quantity and effectiveness of judicial demands that claim due access to health, considering the large number of individuals who depend on the Unified Health System, this judicial intervention can benefit individual rights, but could eventually lead to a rupture in the right to health of the community.

Keywords: Parental Alienation; Civil Responsibility; Comprehensive Development.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO À SAÚDE. 1.1. HISTÓRIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 1.2 A EQUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 2. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 2.1. AS CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 2.2. A JUDICIALIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA EQUIDADE. 2.3. A IMPORTÂNCIA DO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO. 3. O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO PARA O ESTADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 representa, no ordenamento jurídico brasileiro, importante alteração do tratamento concedido pelo Estado à sociedade, uma vez que garantiu e consolidou genericamente os chamados direitos de segunda geração econômicos, sociais e culturais, bem como preconizou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Em decorrência do crescente número de ações judiciais, há uma grande preocupação da rede de saúde pública e privada, acerca do fenômeno da judicialização do direito à saúde, tendo em vista que as ações determinam a parte requerida o cumprimento, não fazendo diferença o motivo da solicitação, o valor do procedimento ou medicamento, o Juízo concede o Direito ao requerente. Convém consignar que quando se analisa o Direito Fundamental à Saúde de cada indivíduo, é louvável que o Juiz conceda à parte da Ação Judicial que pleiteia algum procedimento que ela necessite, no entanto, de acordo com o Site do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde Pública atende mais de 190 milhões de pessoas e 80% delas dependem exclusivamente, dos serviços públicos.

Sendo assim, é necessário ressaltar que quando o Juiz concede uma tutela de urgência para o atendimento dessa demanda judicial, exclusiva para um indivíduo, consome cada vez mais a verba que é destinada para o SUS. Além disso, cumpre salientar que as demandas judicializadas têm preferência no atendimento, sendo então, a preferência determinada pelo Juízo, sem levar em consideração a fila de espera, ou os pacientes mais críticos, que acabam tendo seu direito lesado.

A discussão sobre a judicialização da saúde é recorrente, pois não há até o presente momento uma saída mais eficaz para o atendimento dessas demandas judicializadas e um Sistema Único de Saúde organizado.

Ressalta-se que o trabalho pode contribuir em futuras leituras para entender os pontos positivos e negativos acerca da Judicialização da Saúde para nossa sociedade contemporânea.

Oportuno, informar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto o Direito à vida e a Saúde, todos, sem exceção possuem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

Portanto, o artigo apresenta a reflexão sobre os direitos e garantias existentes no ordenamento jurídico, mostrar e analisar, como o acesso ao judiciário pode ser muito importante para assegurar a proteção da saúde pública, possibilitando o acesso aos requerentes, mas também, como isso lesa o direito de outrem. Além da suma importância do assunto, há a possibilidade de sugerir modificações no âmbito da realidade proposta pelo tema, além de seu caráter informativo, permitirá à comunidade encaminhar às autoridades governamentais demandas de políticas públicas com base nas reais necessidades desse segmento da população.

1 O DIREITO À SAÚDE

A saúde consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, qual define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

No Brasil, o Direito à Saúde está previsto no Art. 196 da Constituição Federal de 1988, e aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No artigo art. 196, estabelece quais são as garantias que devem ser asseguradas pelo Estado. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No art. 197, temos a previsão da regulamentação e execução do fornecimento da Saúde:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser

feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por conseguinte, com o advento da Constituição Federal de 1988, objetivou-se estabelecer garantias fundamentais a todo cidadão, propiciando aos indivíduos condições mínimas para o pleno gozo de seus direitos. A partir de então, incluiu-se ao rol dos direitos fundamentais os direitos sociais, consagrando, por conseguinte, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (MORAES, 2005).

De tal modo, os direitos sociais, plenamente assegurados no artigo 6º da Carta Magna de 1988, possuem como objetivo a igualdade material, exigindo prestações positivas pelo Estado, o qual deverá realizar a implementação destes “mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna” (NOVELINO, 2009, p. 481).

Cabe então, ao Estado garantir e fornecer a saúde pública à sociedade, tendo em vista que a Saúde é um direito social e fundamental aos cidadãos brasileiros.

1.1 História do Sistema Único de Saúde

Após a promulgação da Constituição de 1988 ocorreu a universalização do Direito à saúde, sendo assim, o SUS foi implementado de forma gradual. Inicialmente criou-se o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde). Como colocado por Geisilene Aparecida de Amorim Caldas, (2013, P. 3). Incorporou-se depois o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência), via Decreto nº 99.060 e pôs fim a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 como preconiza seu artigo 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Dessa forma, seu início se deu nos anos 70 e 80, quando diversos grupos se engajaram no movimento sanitário, com o objetivo de pensar um sistema público para solucionar os problemas encontrados no atendimento da população.

A Constituição, refletindo tais influências, efetivou a regulamentação da saúde como direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou seja, já está apto a produzir todos os seus efeitos, independentemente de posterior regulamentação legislativa, não estando mais restrito aos contribuintes da Previdência Social inseridos no mercado formal de trabalho.

A universalidade do atendimento refere-se à ideia de que todos têm direito à saúde, sendo esse um direito inerente ao próprio cidadão e dever do Estado. A equidade, contudo, já postula a diferença, já que, se todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido segundo suas necessidades, reconhece-se o imperativo de tratar desigualmente os desiguais. A integralidade de assistência pode ser entendida como o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais ou coletivos, com vistas ao atendimento das necessidades de saúde do indivíduo, em todos os níveis de complexidade do sistema.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, sendo o único a garantir assistência integral e completamente gratuita. Só em 2014 foram realizados mais de 4,1 bilhões de procedimentos ambulatoriais e 1,4 bilhão de consultas médicas através do SUS no país.

Convém consignar que o SUS é muito importante para o Estado, considerando que, de acordo com o Ministério da Saúde, 71,1% da população foram a estabelecimentos públicos de saúde para serem atendidos. Deste total, 47,9% apontaram as Unidades Básicas de Saúde como sua principal porta de entrada aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

1.2 A Equidade no Sistema Único de Saúde

Equidade é um dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e está relacionado ao conceito de justiça social. Os determinantes sociais da saúde, como as condições de vida, o acesso ao trabalho e geração de renda, a cultura, a situação de habitação, o acesso à educação, a segurança alimentar e segurança pública, as questões de gênero, orientação sexual, raça/cor e etnia, violência, dentre outros, impactam diretamente na saúde da população. Estes fatores tornam alguns grupos populacionais vulneráveis e mais suscetíveis ao adoecimento físico e mental. Por meio da compreensão destas condições, a equidade em saúde propõe o respeito às necessidades, diversidades e especificidades de cada cidadão ou grupo social, possibilitando a procura de estratégias de intervenção apropriadas, com o intuito de mitigar os efeitos nocivos à saúde (BRASIL, 2012).

Exemplos práticos de equidade ocorrem frequentemente nos hospitais, especialmente naqueles nos quais se implantou a classificação de risco, onde a prioridade no atendimento é definida por critérios combinados de ordem de chegada, urgência e gravidade. Por esse princípio, uma vítima de acidente grave passará na frente de quem necessita de um atendimento menos urgente, mesmo que esta pessoa tenha chegado mais cedo ao hospital, (BRASIL, 2017).

Quando se entende o significado de equidade para o sistema de Saúde e como funciona sua aplicação na prática, é imprescindível não se preocupar com o fenômeno da judicialização e com o crescente número de demandas em todo o país. Na oportunidade, cumpre esclarecer mais sobre a judicialização do direito à saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização da saúde é a necessidade de buscar junto do poder Judiciário uma demanda em relação à saúde que foi anteriormente negada, seja um tratamento, um medicamento ou até mesmo leito hospitalar. Sendo a última alternativa para garantir a efetivação da prerrogativa constitucional de direito à saúde (Art. 196, CF).

Conforme posicionamento de MANCINI de, (2019, P. 10):

Judicializar é o ato de buscar o Poder Judiciário para a solução de um conflito. Entretanto a expressão ganhou destaque nos últimos anos. Hoje, tem um significado mais amplo, que pressupõe um grande volume de ações judiciais relacionadas a uma determinada causa. Como é a judicialização da Saúde.

Assim, nesse contexto, é importante enfatizar que a saída, que era usava como uma solução de conflito, tornando-se uma grande sobrecarga, não apenas para o Estado, que será notificado para cumprimento dessas ações, como também, ao Poder Judiciário que recebe essas demandas.

Nesse contexto, cabe ressaltar que uma vez acionado, o poder judiciário não tem a escolha de se posicionar ou não sobre a matéria, devendo sempre decidir a questão. Contudo, a maneira como irá exercer essa atribuição é que vai determinar a presença ou não de um ativismo judicial, que difere da judicialização. A noção de ativismo judicial está ligada a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na realização dos preceitos constitucionais, com maior profundidade e interferência no campo de atuação dos poderes legislativo e executivo (BARROSO, 2018).

Conforme o doutrinador a judicialização tem a seguinte definição:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercida procura extrair o

máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2018, p. 235).

Uma das grandes preocupações tanto na saúde pública quanto na saúde privada é o crescente número de ações na Justiça, tornando a saúde uma grande porta para a judicialização.

Nos últimos anos há cada vez mais liminares concedidas no país: de 2008 para cá houve um crescimento em torno de 130% no número de ações, obrigando as empresas e as operadoras de saúde a realizarem procedimentos que nem sempre estão previstos nos contratos dos beneficiários. Isto tem causado um perigoso desequilíbrio no mercado. (LOPES, 2020. P. 01).

Diante da necessidade de acesso universal igualitário, bem como da relevância da preservação do direito à vida e à saúde, as decisões judiciais deveriam estar sempre em conformidade com os interesses maiores da coletividade, incumbindo ao magistrado perquirir os impactos orçamentários de suas decisões, bem como a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Dessa forma, a eficiência na assistência gratuita e universal não se confunde com a oferta indiscriminada de qualquer tipo de procedimento tecnológico à população, impondo organização administrativa para que os recursos sejam adequadamente utilizados, com a garantia de equidade na prestação de serviços fornecidos.

Dessa forma, não se justifica a consecução de plena assistência individual de um direito fundamental mediante violação de dispositivos legais e normativos estabelecidos para efetivar essa garantia a todos. A distribuição gratuita de medicamentos, em especial, deve realizar-se segundo diretrizes de saúde básica, com o fim de atender o maior número possível de pessoas, sendo, por isso, necessária a realização de planejamento econômico baseado na avaliação da assistência farmacêutica a ser empreendida.

Importa salientar, ainda, que tais decisões causam impactos significativos no orçamento público e privado, afetando um todo em detrimento daqueles que buscam o judiciário.

2.1 As Consequências da Judicialização do Direito à Saúde

Preliminarmente, cumpre notar que a judicialização na saúde no Brasil se tornou uma prática muito constante que criou efeitos colaterais indesejáveis para todos os participantes do sistema privado, inclusive os próprios beneficiários de planos de saúde.

Pois, na maioria das vezes, a decisão judicial privilegia o pleito do indivíduo em desacordo aos direitos da coletividade – os planos são regidos no conceito do mutualismo; ou seja, a solidariedade entre pessoas diferentes, mas que têm um interesse em comum: no caso, o acesso a serviços de cuidado à saúde de qualidade.

Pelo exposto, vale notar que quando um beneficiário tiver um direito legítimo não atendido, cabe a ele fazer valer, inclusive pela via judicial após esgotar todas as possibilidades de ações junto à operadora. Mas o excesso de processos na Justiça não significa que o atendimento assistencial ofertado pelos planos de saúde é insatisfatório ou deficiente. Muitas vezes, quando um juiz decide favoravelmente ao consumidor, invariavelmente essa decisão ou ignora o que está previsto no contrato assinado entre beneficiário e operadora, ou contraria o que consta do Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão regulador do mercado. Em ambas situações quem paga a conta final é o próprio beneficiário de plano privado de assistência, porque os custos judiciais são repassados no cálculo dos reajustes praticados pelas operadoras. O avanço da judicialização da saúde chama a atenção para um desequilíbrio perigoso, a médio prazo, para a viabilidade econômica do segmento.

Pois bem, para se ter ideia do que isso representa, segundo o Ministério da Saúde, seus gastos com demandas judiciais somaram mais de R\$ 5 bilhões, em um período de oito anos. No sistema de saúde privada, o quadro não é diferente. Basta dizer que o elevado grau de judicialização na saúde suplementar afeta direta e indiretamente 47,3 milhões de beneficiários de planos de saúde, além de toda uma cadeia que engloba operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde.

De acordo com o relatório 'Justiça em Números 2018', ano-base 2017, foram classificados 564.090 processos, em todas as instâncias, na categoria de direito do consumidor de planos de saúde – o equivalente a quase 1/3 das ações registradas referentes à judicialização da saúde.

Assim, ciente de que a informação correta e transparente pode ajudar a dirimir a cultura do litigioso no país, a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) iniciou, há anos, ampla campanha de esclarecimento de como funciona a saúde privada e como os benefícios contratados devem ser demandados. Além da participação ativa nos colóquios realizados em várias capitais do país, com a participação dos Procons, de Tribunais de Justiça e representantes de outros órgãos diretamente e indiretamente envolvidos nas questões, a Federação vem distribuindo kits aos tribunais e nas escolas de magistratura com publicações acerca de direitos e deveres dos beneficiários, tipos de cobertura dos planos, Rol de Procedimentos, contratos, entre outros assuntos.

O desconhecimento da Justiça sobre a dinâmica da Saúde Suplementar, inclusive, gera insegurança jurídica para as operadoras. Assim, uma figura muito importante para o

judiciário são os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-Jus) que visam dar respaldo aos magistrados para melhor embasar a tomada de decisão e outras iniciativas que tragam conhecimento, baseado em evidências científicas, como os enunciados/recomendações e pareceres. Pois, segundo o CNJ, essa série de instrumentos permite auxiliar os magistrados para que sejam mais rígidos com os critérios probatórios para comprovar a necessidade do fornecimento de remédios, tratamentos, procedimentos, órteses e próteses.

Entretanto, o mesmo estudo do Insper mostra que apenas 20% das decisões sobre saúde citam os protocolos de apoio do CNJ. Ou seja, apesar do aumento de mecanismos técnicos à disposição sobre o setor de saúde, os juízes e desembargadores brasileiros continuam a decidir questões sobre saúde com pouco embasamento técnico.

2.2 A Judicialização e o Princípio da Equidade

Quando se fala em Princípio da Equidade entende-se que há uma busca em suprir as necessidades individuais de cada um, levando em consideração as suas condições de saúde e pessoais. Um exemplo prático de aplicação da equidade ocorre em atendimentos de urgência em hospitais.

A prioridade no atendimento é definida por critérios combinados, que englobam desde a hora da chegada na unidade de saúde até a gravidade de cada caso. Sendo assim, uma vítima de acidente grave passará na frente de quem necessita de um atendimento menos urgente, mesmo que esta pessoa tenha chegado mais cedo ao hospital.

No entanto, quando se trata de demandas judicializadas essa prioridade imposta pela Unidade de Saúde não é levada em consideração, tendo em vista que as demandas judiciais têm preferência, pois, normalmente já possuem Decisão judicial para cumprimento ou Tutela Antecipada de Urgência.

Cumprе salientar, como foi dito por Andréia Nália Lima, "Tem-se um sistema de saúde ainda mais caótico e ineficiente, frente à impossibilidade de se manter uma gestão que não seguem critérios racionais pautados na efetividade, mas sim no direito subjetivo daquele que tem condições de buscar o Judiciário, em escancarada ofensa ao direito de todos à saúde". Como se observa, a Judicialização da Saúde está consolidada no Brasil.

O judiciário, diante de demandas que ensejam a concessão de tratamentos, medicamentos e insumos que não são disponibilizados nos moldes da Constituição/88, determina o provimento do mérito, desconsiderando, de um modo geral a falta de recursos da estrutura organizacional do Estado, o que acarreta em um desequilíbrio orçamentário, por conseguinte uma série de restrições na implantação de políticas públicas. (EQUIPE ÂMBITO. 2019).

A discussão sobre judicialização é ampla, envolve inúmeras questões e aponta diversas discussões e interpretações por parte dos poderes envolvidos (o executivo, o legislativo e o judiciário).

O que poderia eventualmente auxiliar na diminuição dessas ações seria ter decisões mais razoáveis e ponderação da responsabilidade solidária dos entes federativos. Muitas vezes é possível ver que eles se desincumbem de cumprir um papel que na verdade é de todos isso significa dizer que qualquer um pode ser demandado e não cabe ao paciente, já em condição de hipossuficiência, buscar quem seria o responsável.

Tais discussões perpassam em: se a judicialização fere o princípio da equidade, pois o usuário que recorre à justiça vai ter a sua demanda atendida mais rapidamente e muitas vezes o juiz não tem o entendimento sobre a gestão e o saber médico, para classificar um caso como urgente ou não, é de responsabilidade de qual ente (estado, município, união); a disputa entre direito individual e direito coletivo, até onde e se a judicialização está interferindo em um direito coletivo e atendendo ao direito individual apenas; as consequências em longo prazo da judicialização para a saúde (resolutividade e resolubilidade); o princípio do acesso à justiça e acesso à saúde, onde o usuário que não tem a informação de que pode recorrer à via judicial para conseguir seu direito, sofre com dupla exclusão do sistema, onde é excluído do direito à justiça e também à saúde; a dicotomia entre o direito que foi previsto em lei eo direito que é efetivado de fato. (DANTAS. 2020).

2.3 A Importância do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário.

O Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário foi criado por meio do Ato Normativo 0006577-52.2022.2.00.0000 elaborado pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde. Entre os principais pontos, ficou estabelecida a utilização do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) em qualquer caso, inclusive em situações de plantão judicial e estabelece a duplicidade de opções: uso dos NAT-JUS estaduais ou do nacional. O texto foi aprovado durante a 359ª Sessão Ordinária do CNJ. O Plenário analisou o Ato Normativo 0006577-52.2022.2.00.0000 elaborado pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde.

O Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) fornece às varas e câmaras do Tribunal notas e respostas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na análise de pedidos que envolvem procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos.

A procura pelo Judiciário vem crescendo, para reparar possíveis equívocos e aparar pontas soltas na regulação. E com esse apoio do NAT-JUS garante aos magistrados mais acesso aos conhecimentos técnicos do setor para embasar suas decisões. Pois, o Núcleo

de Apoio Técnico (NAT-JUS) tem a função de subsidiar o Judiciário com informações que os juízes não têm obrigação de conhecer, mas são fundamentais para embasar decisões conscientes e adequadas.

Afinal, não é possível entregar tudo para todos o tempo inteiro. E quando um magistrado desconsidera essa verdade absoluta e desequilibra a balança do mutualismo, um dos pilares do setor, pode colocar em risco não só a sustentabilidade da saúde suplementa, mas a capacidade do sistema de atender adequadamente outros pacientes” (Blog *online*, 2021, p. 01).

Nesse pressuposto, vale ressaltar a importância do NAT-JUS em relação a Judicialização dessas demandas de saúde, considerando o crescente número de ações propostas, o juiz precisa ter mais embasamento e conhecimento técnico sobre determinados procedimentos, o que seria mais complicado e parcial se não houvesse esse apoio dos profissionais que compõem os Núcleos.

3 O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO PARA O ESTADO

Preliminarmente, verifica-se que os gastos com as demandas judiciais estão crescendo de maneira significativa e desequilibrando o orçamento direcionado à saúde, o que acaba causando uma grande preocupação no sistema de saúde, bem como no judiciário, tendo em vista que o grande número de ações judiciais acarreta em uma tramitação mais morosa do processo judicial. Dessa maneira, o recurso utilizado pelos pacientes para ter acesso ao direito à saúde de maneira mais célere e urgente acaba sendo falho, e a pretensão jurídica será lesada da mesma forma.

Assim, insta salientar que a Judicialização não se torna um processo cansativo apenas para o Estado, como também, para a parte, pois, mesmo que o requerido tenha que cumprir a demanda, as diligências realizadas quando o procedimento não é regulado tem uma grande demora.

Nesse sentido, Rodrigo (MANCINI. 2019. p.8) esclarece:

O processo causa um grande impacto financeiro para o governo. Entretanto, ele acredita que esse tipo de ação só tem sido necessário devido à falta de regulamentação adequada. Talvez, um último ponto importante que pode ajudar a diminuir a judicialização é a criação de meios que incentivem a contratação de planos de saúde por mais usuários.

Entretanto, as propostas relacionadas a esse tipo de demanda são extremamente ruins e esperamos que não sejam aprovadas” finaliza Rodrigo. (MANCINI. 2019. p.8).

Diante do exposto, frisa-se que o melhor cenário para atuação do poder público, seria o auxílio dos profissionais da saúde nas demandas judiciais, pois o trabalho de maneira conjunta pode proporcionar melhor decisões e resultados mais eficientes para a administração pública e para o requerente.

Além disso, conforme Rodrigo (MANCINI. 2019. p.8):

Outros motivos que ajudaram a amplificar a procura são o envelhecimento da população, a crise econômica e os cortes na saúde. Os dois últimos foram consequências diretas para o aumento de usuários da rede pública de saúde. Atualmente, cerca de 70% de brasileiros dependem exclusivamente do sistema.

Impede analisar que essa atuação pode ser realizada pelo Núcleo de apoio ao judiciário como dito alhures, sendo assim antevejo relevância em pontuar que os núcleos têm um papel de suma importância nas demandas judiciais que envolvem o direito social, da saúde.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho pretendeu-se analisar e avaliar os efeitos das determinações judiciais no âmbito da saúde, tendo em vista que o acesso à saúde é uma garantia da Constituição Federal Brasileira, que por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) não contempla todos os brasileiros, pois, a uma grande demanda que não de tratamento que não são ofertados pela rede pública de saúde.

Após detida análise sobre o tema, observa-se que o fenômeno da judicialização do direito à saúde vem crescendo de maneira significativa principalmente pela falta de políticas públicas na área da saúde para atender as necessidades de toda população, causando assim, por consequência, a busca constante da população ao poder judiciário para que possam ver os seus direitos garantidos.

Entretanto, cabe mencionar que mesmo com o grande número de pessoas que procuram a via judicial para ter o seu direito atendido e ainda sim, esse recurso não traz equidade para a saúde. Afinal, vale repisar que nem todos os pacientes sabem dessa possibilidade ou até mesmo a demora da justiça faz muitos desistirem.

Além disso, é de suma importância consignar que esse acesso à justiça que apenas uma porcentagem da sociedade possui, acarreta uma série de consequências para a administração pública. Pois, são demandas que devem ser cumpridas com prioridade, sem

levar em consideração o orçamento que será disponibilizado para atender apenas um paciente. Orçamento esse que poderia ser utilizado de maneira mais abrangente, conseguindo atender toda a coletividade. Pois o impacto financeiro aos cofres públicos, a produção de iniquidades, e as decisões desprovidas de critérios que colocam em risco as políticas públicas que já existem, criando uma enorme desorganização no âmbito administrativo, e que só beneficiará uma minoria da sociedade.

Diante disso, considerando a omissão do Estado em prestar a devida assistência à população, deve-se pensar em resguardar primeiramente o direito à saúde da coletividade e no segundo momento os casos podem ser analisados de forma individual. Contudo, para que o poder público consiga atender tais demandas, o rol de procedimentos e medicamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde, bem como a competência dos Municípios, Estados e União deve ser cumprida e fiscalizada. Tendo assim, a responsabilização dos entes àquilo que lhes competente.

Assim, por isso, investir em um sistema de saúde mais forte é a solução. Considerando que o Estado gasta mais comprando medicamentos individuais por ordens judiciais do que se comprasse em quantidade e valores negociados. Bem como é de suma importância o aumento da visibilidade do tema em específico, gerando assim, uma ampla discussão quanto à problemática em questão e as soluções disponíveis, além de trazer ao conhecimento de todos as dificuldades.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1998, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais de nos 1/1992 a 99/2017, pelo Decreto legislativo nº 189/2008 e pelas emendas constitucionais nos 1 a 6/1994. – 53. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. - 32º ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

CALDAS AMORIM, GESILANE. Direito à Saúde na Constituição Federal, SUS e gratuidade das vacinas. Artigo Digital. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/direito-a-saude-cf/amp/>. Acesso em: 14/06/2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. rev., atual. ampl. Bahia: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Rodrigo. Direito à Saúde & sua Judicialização. ISBN v. impressa: 978853627636-6, 244p. Juruá Editora, 2018.

MACHADO, Graziela; **SANTIAGO,** Letícia. Perfil e demandas da Judicialização da Saúde. Tocantins: UFT, 2013.

MANCINE, NATÁLIA. Judicialização: nem problema nem solução. Artigo Digital. Disponível em: <https://revista.abrale.org.br/judicializacao-da-saude-nem-problema-nem-solucao/>. Acesso em: 13/06/2022.

NONNEMMACHER, Carine; et al. Acesso à saúde: limites vivenciados por usuários do SUS na obtenção de um direito. Revista Ciência, Cuidado e Saúde, 2011 Abr/Jun; pág. 248-255.

ROMERO, D. A. F. V. Da Judicialização do Direito à Saúde. TCC apresentado ao curso de especialização Latu Sensu em direito do Estado – UEL: Londrina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; **MARINONI,** Luiz Guilherme; **MITIDIERO,** Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6º.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37º ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

RACISMO INSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: AS ABORDAGENS POLICIAIS CONTRA NEGROS NA REGIÃO NORDESTE

MATHEUS LUCAS DA COSTA REZENDE:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

MARIA DO SOCORRO MOURA COSTA³⁷²

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo propõe uma correlação entre o racismo institucional e o direito penal do inimigo na região Nordeste do Brasil, no contexto da violência policial verificada na região, considerando as análises sociológicas e jurídicas que implicam sobre esta relação. O objetivo principal foi analisar a problemática sobre as desigualdades raciais historicamente acumuladas e socialmente reproduzidas no Brasil, na qual o racismo está presente em várias instituições, entre elas a polícia, o que provoca incidência nos números da violência contra a população negra. Em conformidade, o método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico narrativo, e o estudo foi desenvolvido por meio do levantamento de dados e de estudos já realizados com discussão crítica, entre eles o Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e o Anuário Brasileiro de Segurança Pública – FBSP. O estudo realizado obteve como resultado a possibilidade de inferir uma relação intrínseca entre o racismo institucional e o direito penal do inimigo nas abordagens policiais, o que ocasiona os altos índices de violência contra a população negra, retratando assim de forma expressiva o *déficit* na observância de direitos fundamentais dos quais a mesma população carece no país.

Palavras-chave: racismo estrutural; racismo institucional; abordagens policiais; direito penal do inimigo.

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência do fato de ter sido o último país a abolir a escravidão, o Brasil carrega uma série de problemáticas a respeito da comunidade negra na sociedade. Governo após governo, as implementações de políticas públicas para sanar os problemas ligados a tais problemáticas têm demonstrado falhas, e dentre esses problemas pode-se incluir o racismo institucional e a violência policial adjunta ao direito penal do inimigo em abordagens policiais contra negros.

³⁷² Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutora em Administração pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Consoante, considerando análises sociológicas e jurídicas que implicam sobre tal conceito, torna-se necessário o debate sobre as possíveis correlações entre o racismo institucional que está ligado aos vários segmentos da sociedade civil, incluindo a área da polícia, como o direito penal do inimigo, em específico nas ações policiais contra negros e a explicação para que essas sejam tão violentas, consoante a região Nordeste do país segue liderando como uma das violentas nesse quesito.

Durante o ano de 2019 e 2020, centenas de casos envolvendo abordagens policiais desastrosas contra negros ocorreram ao redor do mundo todo, e cujo resultado teria sido a morte desses indivíduos. No Brasil, tal realidade também se apresenta, e durante as abordagens policiais tem se tornando cada vez mais frequente esse tipo de ocorrência, em consoante, a região Nordeste apresenta altos índices de mortes de negros.

Ressalta-se que contribui para esta problemática a falta (e transparência) de dados divulgados pelos estados da Federação, o que se torna um obstáculo a mais para se reverter o fenômeno. Assim, em correlação, surge a seguinte questão: A conduta policial violenta contra negros nas abordagens está diretamente relacionada ao racismo institucional e ao direito penal do inimigo?

Jovens negros, pobres e residentes de comunidades ou regiões periféricas das cidades de médio e grande porte, são classificados como o principal grupo alvo nas abordagens policiais. Assim, tem sido cada vez mais frequente notícias veiculadas em todas as formas de mídias sobre assassinatos de pessoas negras em atuações policiais, o que faz com que tais mortes se tornem banais para o público em geral, influenciando a empatia por essas vítimas, as mortes tendem a se tornar apenas estatística, apenas mais “um caso isolado”, em um país que carece de políticas que visem acolher tal segmento marginalizado.

Como resultado, há uma clara tendência a supor que a ação estatal se enquadra no âmbito do direito penal do inimigo. Este tem como principal teórico o doutrinador e jurista alemão Günther Jakobs, que aborda o direito penal de forma dividida em suma, como aquele que terá todos os direitos o indivíduo comum, aqueles que são considerados os aliados da ordem estatal vivente, e em contrapartida, há aquele que merece tratamento paralelo, no qual a pessoa rejeitada é considerada sob a perspectiva de uma entidade perigosa ou prejudicial, em suma, o inimigo do Estado, aquele que precisa ser exterminado. Em termos de nuance de ideias, quando se propõe a distinção entre cidadãos (humanos) e inimigos (não humanos), refere-se à privação de certos direitos individuais pelos humanos.

O presente artigo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e narrativa que se caracteriza por suprimir dúvidas a partir de fontes documentais. Isso implica no

esclarecimento das pressuposições teóricas que fundamentaram a pesquisa e das contribuições proporcionadas por estudos já realizados com uma discussão crítica (GIL, 2010). Neste caso, os autores norteadores da pesquisa foram o jurista e filósofo Silvio Almeida (2019), os sociólogos Florestan Fernandes (1964) e Jessé Souza (2020).

A abordagem utilizada parte do método dedutivo, que tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular (PRODANOV; FREITAS, 2013), assim, o estudo se inicia do plano geral, analisando o racismo, o Direito penal do inimigo e as abordagens policiais no âmbito nacional, até alcançar seu objetivo específico, no caso, a incidência desses fatores na região Nordeste.

Consoante, este artigo tem como objetivo geral analisar as conexões entre o racismo institucional e o direito penal do inimigo em abordagens policiais contra negros, na região Nordeste do Brasil, utilizando metodologia qualitativa, por meio de pesquisas documental (leis, reportagens, jurisprudências) e bibliográfica (livros, artigos), buscando responder às seguintes questões: Que vetores levam à banalização da mortes de pessoas negras em decorrência da violência policial no Brasil e na região Nordeste? Qual a relação entre o Racismo Institucional e o Direito Penal do inimigo nessas relações? A falta de dados, a ausência de transparência, e a impunidade contribuem para o aumento desse tipo de violência?

2. RACISMO ESTRUTURAL: CONTEXTO HISTÓRICO

Entre o final do século XV e início do XVI, a Europa acabava de alcançar seu auge, após dominar os mares e a moeda, colocando assim o homem branco como o centro de tudo. Seguindo fielmente essa ideologia, os colonizadores europeus, em sua maioria compostos por portugueses e espanhóis, iniciaram o processo de colonização da América recém-descoberta, a partir do sistema que viria a ser conhecido mais tarde como colonialismo escravagista. Como consequência, populações indígenas inteiras foram escravizadas e exterminadas, e o costume dessa prática resultou na redução de tais populações de forma drástica, e para preencher a lacuna, os colonizadores voltaram seus olhos para a África. Começava-se assim, a escravidão negra, que obteve apoio de governantes, da Igreja Católica em sua maioria e de intelectuais, nesse período o escravo é visto como uma "peça", podendo ser trocado, substituído e comprado como se fosse uma ferramenta (NUNES, 2006).

Em conformidade com o que foi supracitado, a África, por consequência, sofreu durante séculos o tráfico desenfreado e sistemático, tanto por parte dos governos europeus, como de traficantes de mão-de-obra escravizada. Ressalte-se que as ideias

radicais daquele período se fundiram numa concepção racista sistemática para guiar todo um povo de cor a uma condição de inferioridade, tanto racial, quanto cultural.

No Brasil, assim como o fora na maioria das civilizações orientais, o racismo teve sua origem através da dominação feita por colonizadores sobre populações nativas dos países colonizados. Predominante no período colonial (1500-1822) e no período imperial (1822- 1889). Em tais períodos, povos indígenas e africanos foram escravizados em todo o território nacional. A escravização desses povos se deu por meio da disseminação de inferioridade incumbido pelos colonizadores na cabeça do negro e do indígena, a esses povos eram confeccionados ideia de que o homem branco europeu era um herói, e que ele havia vindo as suas terras para trazer a civilização e a religião que para eles era a correta, no caso, o cristianismo, que foi disseminado em sua grande maioria nas populações indígenas (POLITIZE!, 2021).

Consoante, o conceito de racismo está relacionado à motivação discriminatória entre seres humanos baseada em características externas e corporais diferenciadas, e essas mesmas diferenças são postuladas como uma espécie de comprovação da superioridade ou inferioridade de um grupo sobre outros, significando que o racismo cria uma concepção de hierarquia entre raças, e oferece sentido e lógica, assim como os meios para confecção de desigualdades e violência que se interligam na vida contemporânea (ALMEIDA, 2019).

Em conformidade com o supracitado, a exploração alinhada ao modelo escravagista forjou as marcas do período colonial brasileiro, que entre outros efeitos gerou o aumento exponencial da miscigenação, já que no Brasil a forma de colonização trazia além da violência física e psicológica, os trabalhos forçados, a negação da identidade desses povos, e também ocorria a violência sexual contra mulheres indígenas e negras (POLITIZE!, 2021).

Arthur de Gobineau (1853), diplomata, escritor e filósofo francês, considerado por muitos como “o pai do racismo”, abordava em suas teses sobre os perigos da misgineação, pois, segundo ele, o mestiço seria um perigo maior do que o negro. O pensamento identificado como racismo científico, obteve enorme aceitação nos meios acadêmicos e políticos do século XIX, gerando obras que perduraram nos anos posteriores, internacionalmente, como nacionalmente, após Gobineau (1855), as obras de Cesare Lombroso (1876) e seu estudo sobre os crânios de criminosos condenados, no Brasil, Silvio Romero (1888), Raimundo Nina Rodrigues (1932), e também Gilberto Freyre (1933) com a obra Casa Grande & Senzala (ALMEIDA, 2019).

Em 1855, com a publicação do livro “Ensaio Sobre as Desigualdades das Raças Humanas”, Gobineau, começa a dar à concepção da ideologia racista certa fundamentação “científica”. Nela, o autor defendia uma espécie de superioridade nata

do arianismo branco sobre as demais raças, e que tais descendentes arianos estariam destinados a governar e reinar sobre os inferiores para sempre. Esse conceito se uniu ao pensamento racista e começou a nortear as relações hierárquicas entre os indivíduos na sociedade (GOBINEAU, 2021).

Em conformidade com a teoria, a escravidão gerou uma herança racista na sociedade e se fundiu com os fatores sociais, políticos e culturais que a seguem. Ressalta-se que o termo herança pode ser interpretado como tudo aquilo que é transmitido no campo individual e coletivo com embasamento em ações passadas, e no caso do racismo tal herança está presente nas relações que foram fundadas no decorrer dos anos com base na inferiorização dos grupos escravizados em relação aos valores, costumes e comportamento que lhes eram próprios.

Assim, o racismo cria uma divisão racial, começa a acontecer em diversas bases da sociedade, bairros, favelas em resumo regiões periféricas e nas instituições como escolas, hospitais, famílias, leis, política. Estas esferas passam a ser frequentadas por determinados grupos raciais, em maioria indivíduos brancos, alguns exemplos os regimes segregacionistas dos Estados Unidos baseados nas leis Jim Crow e o *apartheid* sul-africano (1948) (ALMEIDA, 2019).

Portanto, em consoante com o autor supracitado, esse conjunto de vetores gerou o que se entende por racismo estrutural, ou seja, uma discriminação racial que se encontra enraizada na sociedade. Esse tipo de racismo engloba as vantagens e desvantagens de determinados grupos étnico-raciais que são reproduzidas nas esferas políticas, econômicas, culturais e nas relações cotidianas. De forma simplificada, na sociedade brasileira, em suas normas e padrões condicionadoras do comportamento social, surgiram e se consolidaram sobre uma visão racista de mundo, o que leva a afirmação de que o racismo se encontra na estrutura da sociedade.

Dessa forma, infere-se que o racismo decorre da própria estrutura da sociedade, ou seja, do modo naturalizado com que se constituem as esferas da política, da economia, as esferas judiciais e familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. Comportamentos individuais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra, e o olhar analítico sobre as relações raciais nos leva a concluir que penalidades jurídicas e sanções do Estado não são completamente eficientes para que a sociedade deixe de ser um instrumento produtor de racismo, desigualdade e violência racial, dado que essa questão tem bases fincadas desde a construção do regime escravagista brasileiro, que gerou problemas até hoje sobre a integração do negro na sociedade (ALMEIDA, 2019).

2. 1 A Integração do Negro na Sociedade

A desestruturação do regime escravagista no Brasil, se operou sem que houvesse para os antigos agentes do trabalho escravo as garantias e benefícios que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores de escravos foram eximidos da responsabilidade da manutenção e segurança dos negros libertos, e sem que o Estado, a Igreja ou qualquer instituição assumissem qualquer encargo, que tivessem como principal motivo a preparação e capacitação desses povos para o novo regime de organização da vida e do trabalho, o resultado disso foi a crescente migração de negros para áreas urbanas à procura de melhorias (FERNANDES, 2021).

Em suma, a abolição não só afetou o escravizado, mas afetou também o homem livre de cor. Na verdade, o processo decisivo na revolução social se tornou um processo do branco pelo branco. Logo, o negro, saído diretamente de um sistema escravagista, não possuía condições para se adequar de forma rápida e eficaz ao novo sistema de trabalho. Assim, na chamada economia urbano-comercial e aberta à modernização o negro se encontrou completamente abandonado.

Contudo, ainda na linha do autor supracitado, convém refletir sobre os fatores que desencadearam tal processo. O primeiro motivo foi o fato do negro, o ex-escravo, não ter recebido nenhum tipo de indenização, garantia ou vigília, nos momentos mais duros da transição abolicionista, embora existissem fazendeiros que defendiam a ideia da indenização. Dessa forma, nenhum levou adiante a proposta e, em consequência esses indivíduos viram-se nas piores condições de vida nas grandes cidades; e, em segundo, porque a nova condição os defrontou imediatamente com uma competição injusta com o branco, para cargos em que eles eram repelidos anteriormente. Assim, sem formas de conseguir confrontar esse despojamento social, como consequência, se abriam apenas duas escolhas irremediáveis: sem alternativas e vedados a classificação econômica e social pela proletarização, restava aos negros apenas o entrelaçamento na vagabundagem sistemática ou na criminalidade fortuita para conseguir sobreviver com dignidade.

Nesse contexto, o processo de incentivo estatal para imigração de europeus durante o início do século XX ao Brasil, foi um sintoma disso, visto que os imigrantes brancos eram priorizados na contratação para trabalhos remunerados. Os negros não eram aceitos para assumir novos trabalhos e ocupar novos cargos. Muitos eram simplesmente expulsos das fazendas e outros continuavam trabalhando nos engenhos em troca de sustento e moradia. O impacto desses fatores, ou seja, a competição contra o estrangeiro no mercado de trabalho foi avassaladora para o negro, já que enquanto o branco da camada dominante conseguia proteger e aprimorar seu poder econômico e político, o imigrante aperfeiçoava suas trocas de especializações, posições para riquezas e prestígio social, e ao negro só restava a disputa por oportunidades ocasionais interligadas a estereótipos marginais como os "que não serviam pra outra coisa".

Somente depois de 1945 começaram a surgir oportunidades reais de classificação no mercado de trabalho e na ordem social, ainda assim para um número de indivíduos bastante limitado (FERNANDES, 2021).

A imigração exponencial de brancos europeus nesse período, resulta no paroxismo de uma operação característica do Brasil pós-colonial: o processo de branqueamento. Essa operação não só foi utilizada no Brasil, mas em todos os países das Américas e na África. As posições que se encontram no topo eram ocupadas por brancos enquanto negros e indígenas encontravam-se na base da pirâmide da hierarquia social, e em poucos casos, as posições intermediárias eram ocupadas por mestiços. Com o passar do tempo, essa hierarquia social passava a se tornar algo imutável e atemporal, com surgimento de explicações até mesmo biológicas, criando assim uma suposta ordem “natural”. Isso contribuiu de forma significativa para o fundamento de uma conformação pelos dominados (SOUZA, 2021).

A vinda de imigrantes europeus, na concepção do Estado, traria elementos étnicos superiores que através do processo de miscigenação, poderiam branquear o país, como uma fusão de sangue puro e oxigenado de uma raça livre. A substituição da mão de obra escrava levou o negro para outra categoria da sociedade, de escravo a marginal (ROLNIK, 1986).

Esse branqueamento se mantém até os dias atuais e ganha sua força por meio de outros mecanismos: pela formação de uma classe de abandonados e marginalizados, sem privilégios ou subterfúgios sociais e negros em sua maioria. A partir da união desses fatores surge uma subclasse social desprezada por todos, superexplorada pelas classes acima dela, em serviços pessoais e domésticos ou em outros trabalhos de péssima remuneração. Em suma, é importante ter em mente que, tirando as exceções à regra, o negro está fadado a permanecer no último lugar da hierarquia social (SOUZA, 2021).

Em conformidade com o autor supracitado, a estratégia do embranquecimento, como uma formalização da desigualdade foi aprimorada no Brasil pós-abolição – e continua até hoje em perfeita continuidade com o modelo colonial e escravocrata outrora extintos. Ou seja, o descaso e desprezo contra negros e a posição positiva de brancos importados e embranquecidos, fizeram a transição da sociedade escravagista à República Velha, e é importante notar que esse princípio racista da República Velha permanece nas novas fases da República.

Com isso, afirma-se que esse modelo de embranquecimento foi responsável pela passagem do racismo de dominação ao racismo de exclusão, em que para os detentores do poder que se encontravam no topo da hierarquia social, o negro livre não servia mais para trabalhar, e nesta nova configuração, então, justificada através da concepção da

inferioridade cultural da raça negra, característica norteadora da falta de adaptação dos negros libertos a uma relação de trabalho contemporâneo (ROLNIK, 1986).

Em conformidade, a discriminação e racismo atualmente é uma persistência do passado, viva na mentalidade do branco e do preto, nos convívios e nas instituições desses grupos sociais.

Acerca disso Fernandes (2021, p. 63) afirma:

Foi preciso quase três quartos de século para que o negro e mulato encontrassem, em São Paulo, perspectivas comparáveis aquelas com que se defrontam os imigrantes e seus descendentes. Quanto tempo terá que correr para que consigam tratamento igualitário numa sociedade racialmente aberta? Essa pergunta me parece fundamental. Os “negros” devem preparar-se para respondê-la e os “brancos”, para ajudá-los, solidariamente, a pôr em prática as soluções que razão indicar, sem subterfúgios e com grandeza humana.

Portanto, não há como negar que exista um racismo multidimensional em ação, trabalhando e produzindo os mesmos vetores: a justificação de uma sociedade desigual, injusta e sem amparo a partir do convencimento do oprimido de sua própria inferioridade. A inferioridade constituída de forma precisa pela diminuição do negro ao seu corpo e, portanto, à sua dimensão animalizada, já que, em nenhum momento, o negro chegou a ameaçar a posição do homem branco na estrutura hierárquica da sociedade (SOUZA, 2021).

Essa situação permaneceu inalterável até o declínio expressivo das imigrações estrangeiras e o aumento das migrações internas, esses fenômenos contribuíram, para amenizar os efeitos da sociabilidade das populações negras, após provocar alterações no mercado de trabalho e no peneiramento ocupacional (FERNANDES, 2021).

Embora o racismo em sua forma de concepção mais básica tenha sido excluído, na prática social, após a abolição, em consequência, criaram-se as bases do que se tornaria o mito da democracia racial, que se fixaria no coletivo social. A expressão Democracia Racial, significa um sistema estatal que em sua estrutura não existe qualquer empecilho legal ou institucional para a igualdade racial. em outras palavras, corresponde a um sistema desprovido de preconceito e discriminação, portanto, com a disseminação desse mito, o negro internalizava a ideia do próprio fracasso, já que eram atribuídas em suas mentes que a culpa da sua não ascensão social era dele próprio, pois a sociedade em tese oferecia todas as ferramentas ao alcance de todos (DOMINGUES, 2005).

Ainda em conformidade com o autor supracitado, esse mito foi concebido para criar uma distorção do padrão das relações raciais no Brasil, nascido através de uma elite majoritariamente branca, de forma intencional ou involuntária para disfarçar a opressiva realidade da desigualdade social entre as raças, colaborando para minar a luta política antirracista. A relação de negros e brancos foi pintada como harmoniosa, concordante e em plena paridade. Em consequência, foram ocultados, os conflitos étnico-raciais, e a profunda desigualdade social entre negros e brancos. Qualquer surgimento de preconceito racial contra os negros seria fundamentado pelas diferenças sociais entre as classes, ou seja, pelas diferenças econômicas e sociais entre eles.

Contudo, esse debate vai muito além de todos esses fatores já citados. É, pois, uma questão que envolve a uma cultura de um povo, seus costumes, tradições e sua posição numa sociedade que desde a abolição não se importou em criar políticas que os amparassem. Embora o Brasil tenha como base da Constituição o princípio da igualdade, na prática isso não é respeitado, mesmo existindo na própria legislação um Estatuto da Igualdade Racial, isto é, um estatuto que prevê oportunidades iguais para as populações negras do país (BRASIL, 2010).

A tramitação do Estatuto da Igualdade Racial demorou cerca de 10 anos, sendo postulado nos anos 2000 e publicado pela primeira vez na forma de Lei em 2010 (Lei Federal, 12.888/2010), sancionada em 20 de julho de 2010, mediante a importância dessa conquista para a população negra do país, pelo quadro de desigualdade racial que se alastrava e alastra por todo o país. Com isso, o lento processo para a tramitação é exemplo de como o assunto não causa qualquer tipo de comoção e enfrenta obstáculos no processo de remoção da desigualdade racial na qual a população negra está inserida. Ainda assim, antes do Estatuto, já existia no Brasil desde 1989 a Lei do Racismo (Lei Federal 7.716/89) que definia a punição para crimes resultantes de preconceitos de raça, cor e etnia, esta lei também demorou a ser implementada já que só foi sancionada 1 século depois do fim do período escravagista. Em conformidade com isso é uma mostra de como o mito da democracia racial forjou na mente da sociedade a crença de que as dificuldades sociais podem ser superadas pelo processo individual de cada um, ignorando as diferenças sociais e econômicas que pesam na hora da superação dessas dificuldades (CARVALHO, 2015).

Abordando esta configuração, o Estatuto da Igualdade Racial colocou em evidência o debate a respeito das igualdades sociais vigentes, jogando luz nas desigualdades sociais existentes, assim como na problemática sobre o racismo, os preconceitos, as discriminações e as intolerâncias, todas no campo racial.

Em seu artigo primeiro, o Estatuto discorre sobre sua funcionalidade. Dessa forma, essa lei foi forjada na tentativa de efetivar a igualdade de condições de uma parte específica população – pretos e pardos – que historicamente passa por discriminação racial e desigualdades de acesso aos direitos considerados básicos. Assim, o Estatuto foi criado justamente para defender e proteger os direitos básicos dessa população, sendo defendido por aqueles que entendem que desigualdades raciais precisavam ser debatidas no âmbito jurídico e político. No entanto, ao analisar os casos relacionados à violência contra a população negra, estes nos mostram uma realidade cruel para essas pessoas, mostrando o quão longe elas estão de se beneficiar de uma verdadeira democracia racial e em como o racismo institucional se encontra interligado a essa problemática (BRASIL, 2010).

3. RACISMO INSTITUCIONAL

As instituições são modos de orientações, rotinização, mecanismos de ordem e ação social, que monitoram o comportamento dos indivíduos numa sociedade, a união desses fatores acaba proporcionando na teoria, uma relativa estabilidade nos sistemas sociais, são exemplos dessas instituições: a família, o casamento, a escola, a universidade, os partidos políticos, a polícia, dentre outras. Isso se dá, pois, as instituições, como parte que integra a sociedade, elas também carregam e reproduzem internamente conflitos sociais, tendo por característica marcante e indissociável os confrontos de interesses entre grupos que desejam assumir o seu controle (ALMEIDA, 2019).

Consoante, é no âmbito das instituições que o indivíduo aprende a se tornar um sujeito, ou seja, são elas que forjam o comportamento humano, nos pontos de vista, sentimentos e preferências são criações humanas para que haja uma verdadeira integração social, sem conflitos e com as mesmas ideologias predominantes. As instituições surgem e desempenham uma conduta de auto-organização social para os sujeitos daquela sociedade, são modos de orientação, rotinização de comportamentos que torna viável a manutenção estável das esferas sociais, os princípios de socialização básicos formam ligações para a criação das instituições (HIRSCH, 2007).

O racismo institucional, em sua forma organizacional, se configura como um conjunto de circunstâncias que ocorrem de forma característica em instituições públicas ou privadas. Esse conjunto pode abordar práticas racistas com focos em membros da própria organização, gerando em consequência, desigualdades entre cargos e salários exercidos entre negros e brancos, e em outra modalidade, os norteadores do racismo institucional seriam seus modos como, acesso a serviços, tratamento fornecidos pelas instituições e seus resultados (MIZAEL; SAMPAIO, 2019).

Em conformidade, o principal norteador do racismo institucional é o fato dos conflitos sociais também fazerem parte das instituições. Assim, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos sociais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos (ALMEIDA, 2019).

Seguindo o mesmo ponto de vista do autor supracitado, para manter este poder os grupos utilizam meios de controle sobre as esferas política e econômica do meio social, ou seja, estes grupos têm a seu dispor métodos para institucionalizar seus interesses, disseminando por toda a sociedade seus padrões de condutas e concepções do que é "normal", "errado" e "natural" para perpetuar seu controle. Em relação ao racismo institucional, este controle se origina através da afirmação de vetores discriminatórios baseados na raça, servindo para manter a hegemonia deste grupo racial no poder.

Para Werneck (2016, p. 17), o racismo institucional ou sistêmico é um

Mecanismo estrutural que garante a exclusão seletiva dos grupos racialmente subordinados...atuando como alavanca importante da exclusão diferenciada de diferentes sujeitos nestes grupos. Trata-se da forma estratégica como o racismo garante a apropriação dos resultados positivos da produção de riquezas pelos segmentos raciais privilegiados na sociedade, ao mesmo tempo em que ajuda a manter a fragmentação da distribuição destes resultados no seu interior. O racismo institucional ou sistêmico opera de forma a induzir, manter e condicionar a organização e ação do Estado, suas instituições e políticas públicas – atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial.

Em conformidade, racismo institucional se origina nas atuações de força que já se encontram estabelecidas e com reputação virtuosa na sociedade e por causa disso, recebe muito menos condenação pública. Este conceito é a concepção que as instituições são essenciais para a consolidação de uma supremacia racial, no caso a supremacia branca que perpetua uma desigualdade estruturada e enraizada entre negros e brancos (ALMEIDA, 2019).

Ture e Hamilton (2021, p. 37), conceituam o racismo institucional como:

Quando terroristas brancos bombardeiam uma igreja negra e matam cinco crianças negras, isso é um ato de racismo individual, amplamente deplorado pela maioria dos segmentos da sociedade. Mas quando nessa mesma cidade

– Birmingham, Alabama – quinhentos bebês negros morrem a cada ano por causa da falta de comida adequada, abrigos e instalações médicas, e outros milhares são destruídos e mutilados física, emocional e intelectualmente por causa das condições de pobreza e discriminação, na comunidade negra, isso é uma função do racismo institucional. Quando uma família negra se muda para uma casa em um bairro branco e é apedrejada, queimada ou expulsa, eles são vítimas de um ato manifesto de racismo individual que muitas pessoas condenarão – pelo menos em palavras.

Mas é o racismo institucional que mantém os negros presos em favelas dilapidadas, sujeitas às pressões diárias de exploradores, comerciantes, agiotas e agentes imobiliários discriminatórios.

Em conformidade podemos notar esse exemplo na prática ao observamos o Sistema Único de Saúde (SUS), em relação aos números de pré-natais feitos, 85% das mulheres brancas realizam, no mínimo, seis consultas recomendadas, em contrapartida 71% das mulheres negras realizam o mesmo. Em relação às mortes prematuras de crianças, 16,2% correspondiam a crianças brancas, enquanto a porcentagem das negras foi de 34,8% (BRASIL, 2016).

Ressalte-se que, ainda no campo da saúde pública, a democratização dos serviços de saúde no Brasil foi concebida como um direito constitucional e explicitamente expresso no SUS, que tem como fundamento as novas relações entre o Estado e a sociedade. Essa tramitação contou, inclusive com a participação ativa da população negra, em particular os militantes envolvidos nas lutas populares e movimentos sindicalistas (LOPEZ, 2012).

Em relação a educação, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a situação de pessoas negras com quatro ou menos anos de estudo é de 32,3%, e de outro lado, a de pessoas brancas é de 23%. Além disso, os dados apontam que 22,2% dos brancos possuem cerca de 12 ou mais anos de educação, enquanto os negros apenas 9,4% (IPEA, 2014).

Consoante, no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2014, as mortes decorrentes de abordagens policiais foram 15,4% do total de homicídios, dentre essas mortes, 99,5%

eram compostas por jovens, 75% entre os 15 e os 19 anos de idade e em sua maioria, negra, correspondendo um total de 79%. A maioria desses jovens, residia nas áreas mais carentes da cidade, principalmente em comunidades (ANISTIA, 2015).

Diante disso, a desigualdade social não pode mais ser classificada apenas como o resultado da ação de indivíduos isolados. Em conformidade com o exposto, essa desigualdade passa a interligar a sociedade, uma vez que as instituições passam a ser ferramentas de hegemonia de determinados grupos raciais que usam essas instituições para impor seus interesses sobre outros grupos raciais (ALMEIDA, 2019).

Nesse sentido, a criação de dispositivos legislativos e regulamentários é um dos norteadores pelo qual se manifesta o racismo institucional, uma vez que esse conjunto de fatores leva à manutenção desse sistema que mesmo de forma indireta, mantém privilégios para uns e desvantagens para outros grupos racialmente destacados.

Assim, o presente artigo passa a analisar a composição e temática das normas jurídicas sob uma ótica crítica de modo a identificar a presença do disfarçado e sutil do racismo institucional em âmbito nacional, e posteriormente na região Nordeste, em face do Teoria do Direito penal do inimigo.

4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A VIOLENCIA POLICIAL

O direito penal do inimigo, foi um conceito composto pelo criminalista Güther Jacobs, por volta de 1985. Ele representa a antítese do direito penal garantista, de cunho liberal e consiste na ideia de que existe uma necessidade de separar na sociedade, excluindo das garantias e direitos fundamentais, aqueles que o Estado considere como inimigos, e para seu criador, apenas a rigorosa aplicação da lei é capaz de estabelecer na vida comum dos indivíduos as condutas corretas e dignas. Historicamente, tem-se conhecimento que Jacobs, ao apresentar um seminário em Frankfurt, no ano de 1985, detectou que havia se desenvolvido na Alemanha um direito penal parcial que futuramente se tornaria o direito penal do inimigo (GUERRERO, 2013).

O inimigo, no caso seria aquele que desafia as convenções da sociedade já estabelecidas e dessa forma, ameaçando as estruturas estatais buscando sua total dissolução, e por não respeitar esse conjunto, tal indivíduo não pode e nem deve exercer os direitos e garantias básicos e fundamentais atribuídos aos cidadãos comuns, restar-lhe-ia apenas a aplicação da coação, não se processando o réu, mas agindo como se existisse um estado iminente e verdadeiro de guerra, que tem como principal objetivo combater esses inimigos perigosos (JAKOBS; MELIÁ, 2012).

Assim, sob essa análise, o inimigo é aquele que merece receber um tratamento mais rígido e punitivo, com um aparelho judiciário que lhe negue a condição de pessoa, sendo observado apenas o aspecto perigoso, em específico. Os delinquentes passam a ser vistos de duas maneiras pelo Estado: a primeira maneira como os cidadãos normais que praticam crimes, mas têm sua relação tutelada pelo Direito, e os inimigos que devem ser parados de destruir o ordenamento jurídico estrutural e são desviados movidos pelo desejo de destruição e por consequência não podem ser tratados da mesma forma que os cidadãos e devem ser combatidos com toda a exclusão e coação estatal (ZAFFARONI, 2007; JAKOBS; MELIÁ, 2012).

Utilizando a base filosófica dos autores supracitados, numa sociedade, todos os cidadãos estão previamente autorizados a impor a obediência a constituição a qualquer indivíduo, e em caso de negação, este cidadão teria o direito legal de utilizar de táticas *hostis* contra o delincente para que este entre no estado de comunidade, ou seja, completamente expulso da sociedade. Em suma, não mais receberia o tratamento de pessoa e se tornaria um inimigo.

Jakobs (2012, p. 27) discorre sobre isso:

Brevemente: a reflexão do legislador é a seguinte: o outro me lesiona por... [seu] estado [em ausência de legalidade] (*Status injusto*), que me ameaça constantemente.

Uma ulterior formulação: um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado da natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.

Sendo assim, o inimigo receberia uma penalização contrária aos demais indivíduos que cometem atos contrários as normas jurídicas, o que fere expressamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que no art. 1º, bem como normas principais que se encontram inclusas no art. 5º, ambas pertencentes à Constituição Federal vigente, em conformidade ao Princípio da Igualdade e a vedação ao Tribunal de Exceção, já que o jurista também defendia a antecipação da aplicação das penas, ou seja, a punição seria aplicada ainda no início dos atos, dando assim uma maior praticidade e eficiência a lei penal (BRASIL, 2016).

No Brasil, o infrator só recebe punição no início dos atos preparatórios quando estes constituem uma infração penal prevista em lei. Em exemplo, o tipo penal elencado

no art. 291 do Código Penal, o qual aborda o crime de apetrechos que levam à falsificação de moeda, assim como em várias condutas criminosas, pode nascer o ato preparatório punível, assim como ocorre no crime de estelionato (SOUTO, 2021).

Consoante ao que foi exposto, fica claro que a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, seria catastrófica para os valores e princípios que residem na Carta Magna, que em seu teor é explícita ao notificar inteiramente contra a tortura, quando se analisa seu rol de direitos e garantias, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, em contraste, a violência policial é cada vez mais crescente no país (BRASIL, 2016).

4.1 A Violência Policial no Estado Democrático Brasileiro

O brasão estampado nas fardas das corporações policiais, o chamado “Servir e Proteger”, é sempre questionado durante casos de abusos de violência policiais, mas, esse lema se encontra pela metade em seu completo significado, na verdade, a polícia defende como principal prioridade os interesses das classes dominantes, com total servidão e proteção de todas as ameaças sociais contra seus privilégios, trata-se praticamente de um controle dos miseráveis pela força, estigma esse criado a partir da escravidão e dos conflitos agrários, inflamados por duas décadas de ditadura militar em específico a partir da década de 1970, onde se desenvolveu problemáticas sobre a violência urbana, tal como se inicia o problema do crime organizado, em suma, a luta contra subversão interna disfarçada em repressão a infratores (WACQUANT, 2011).

Após a ditadura, os debates sobre os direitos humanos e a segurança pública no Brasil foram ampliados no meio político e acadêmico, desde a década de 90 com a diversificação, mesmo que modesta, da classe acadêmica, os estudos a respeito dessa problemática se tornaram mais aprofundados, o que resultou em mais análises, discussões e reflexões sobre o tema tendo como uma das bases os movimentos sociais, em específico o movimento negro, onde destacava a polícia como uma questão social de extrema importância para a sociedade, em suma o movimento negro sempre esteve na vanguarda em termos de denuncia a violência policial, mudando o parâmetro do racismo que antes era conhecido como “o problema do negro no Brasil”, a violência policial se torna também um problema para ser enfrentado (GAIA; ZACARIAS, 2020).

As corporações policiais se caracterizam na história do Estado Moderno pelo uso abusivo da força em sua maioria contra grupos sociais economicamente desprivilegiados, no cotidiano, essas forças servem em prol da proteção dos ditos cidadãos de bem contra os infratores, os inimigos da ordem estatal vigente, consoante, as forças policiais não existem para fornecer suporte para os padrões democráticos, como justiça, liberdade de ir e vir e a paz, mas sim como ferramentas para manutenção

do medo, do ódio e da impunidade. Execuções de cidadãos sem vigília da proteção, falta de tato com as pessoas abordadas, tiroteios a esmo sem respeitar os habitantes dos locais em conflito, a lista de abusos é extensa (WACQUANT, 2008).

Consoante, em uma breve análise sobre os símbolos usados por essas corporações, o uso de crânios nos brasões dessas forças nos indica brevemente qual a função dos policiais do Estado, o abuso do monopólio estatal da força contra a população, ainda nesses mesmos brasões, encontra-se ramos de café e cana-de-açúcar, as fontes iniciais da riqueza das classes dominantes brasileiras e que desde o período colonial e que comandam ideologicamente todas as relações sociais da formação identitária brasileira. A violência policial em sua síntese, é seletiva, ela se torna mais presentes quando as vítimas são pobres e humildes, quando os próprios policiais externam que elas estão situadas à margem da sociedade e que seus eventuais protestos não serão ouvidos (ROLIM, 2006).

A formação política e cultura do país prossegue a passos largos para uma organização estatal e social com base na eugenia e na manutenção de privilégios aos sujeitos da classe dominante, branco e ricos em sua maioria e utilizando também como base o mito da democracia racial, em conformidade, durante a abolição da escravatura, ficou a cargo da polícia o papel de combate, controle e repressão de revoltas, neste período a ideia da coação policial, fazia do negro um sujeito apto ao trabalho livre, o qual o mesmo não estaria acostumado (AZEVEDO, 1987).

A mera repressão contra as infrações penais não promove melhorias no plano geral, nem mesmo resolve o problema da insegurança pública e das altas taxas de criminalidade que afetam os grandes centros urbanos, a ação policial se fundamenta no espírito do ressentimento contra a vida, pois o policial encontra como sua função e dever, a opressão, a violência e a humilhação de sujeitos, tudo isso disfarçado pelo autoritarismo da autoridade legal, o policial se torna dependente do abuso do poder contra o cidadão para se constituir como pessoa, para que toda a submissão se dê através do medo, ódio, vergonha e demais sentimentos motivados pela consciência da vítima (ROLIM, 2006).

Já no campo dos estudos sobre a violência a premissa maior é a necessidade de reforma da polícia, ou, ainda sou desmilitarização. Em geral, vemos que se leva em consideração, prioritariamente, os números da letalidade policial e a taxa de suicídios nas corporações de polícia, o suicídio de policiais no Brasil cresceu 55% entre 2020 e 2021, passando de 65 mortes para 101. Assim como no caso de Crimes contra população LGBTQIA+, o suicídio de policiais carece de uma produção eficaz de dados públicos já que dez estados não registraram casos de suicídio entre policiais civis neste período (MOREIRA, 2022).

4. 2 O Direito Penal do Inimigo nas abordagens policiais contra negros

Em análise ao sistema carcerário brasileiro, no Anuário da Brasileiro de Segurança Pública em síntese ao ano de 2019, mostra que a cada três indivíduos presos, dois são negros. Ainda, que nos últimos 15 anos, a relação de indivíduos presos brancos caiu em comparação aos negros, ou seja, enquanto um teve um decréscimo de 19%, no outro ocorreu um aumento de 14%. A condição vulnerável e sem amparo do negro, seja em nas esferas financeira, social ou territorial, o guia ao mundo do crime, e quando esse tipo de situação ocorre, na maioria dos casos, o réu branco possui mais recursos para manter uma batalha judicial do que um negro (FBSP, 2020).

Consoante, o Sistema Penal é uma corrente de medidas que tem início desde a suspeita da existência da prática de um delito à aplicação da pena no caso concreto, tendo em sua divisão o total de três grupos: o policial, o judicial e o executivo. No grupo policial, existem funções como transferências de presos, por exemplo. O judicial possui todo o controle das medidas cabíveis que serão atribuídas ao infrator, e o executivo controla a tutela do preso enquanto dura o devido processo legal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Em síntese, na análise do racismo institucional e o direito penal do inimigo na polícia, tornasse necessário analisar uma das atividades específicas responsáveis por esse conceito, e a abordagem policial é um exemplo. Ela pode ser definida como o encontro entre a polícia e o público, cujos procedimentos adotados variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial que interage, podendo estar relacionada ao crime ou não. A abordagem policial tem em sua formação o critério da discricionariedade, o que resumidamente significa que os agentes têm o poder de decisão para abordar qualquer indivíduo que a partir de suas concepções e critérios subjetivos, levam a identificar certos tipos de comportamento como suspeito, e por consequência a decisão sobre a utilização da força letal ou não letal (PINC, 2007; TRAD *et al.*, 2016).

Em algumas pesquisas existe a indicação de que pessoas, especificamente negros e pobres, são alvos prioritários das abordagens policiais, essas características estariam popularmente relacionadas a uma concepção estereotipada de que essas pessoas são mais propensas a atos ilícitos, o resultado disso é um maior número de abordagens e abusos a pessoas negras em comparação às brancas (TRAD *et al.*, 2016; WEICHERT, 2017).

Dados do Monitor da Violência, informam que em 2020 no Brasil, cerca de 78% dos mortos pela polícia em operações e abordagens policiais, eram negros, em sua maioria jovens de até 29 anos, correspondendo a 51,4% do total. Foram 5.660 pessoas

mortas em embates com policiais civis e militares, e dessas mortes, 4.609 tiveram suas raças divulgadas, em contrapartida, 1.051 dos casos não foram informadas as raças das vítimas, somando um total de 11 estados que faltam com a transparência nos dados dessas informações.

Um dos fatores que pode justificar esses dados, é o termo *Racial Profiling*, conceito bastante usado nos Estados Unidos, após os atentados do 11 de setembro de 2001, caracterizando-se pela tática de abordagens baseadas em estereótipos dos indivíduos como forma de prevenção, para evitar futuras tragédias. No Brasil, este conceito está interligado ao crime de tráfico de drogas, crime este que é considerado inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (SOUTO, 2021; BRASIL, 2006).

Em conformidade com o que foi supracitado, em agosto de 2016, a Lei nº11.343 foi publicada, estabelecendo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que em sua especificidade trouxe as diferenças entre usuários e traficantes: o usuário agora, não podia ser preso em flagrante, mas recebia penas alternativas, em contrapartida, o traficante recebia uma pena de reclusão de 5 a 15 anos pelo delito. Contudo, em sua totalidade a lei trazia uma lacuna ao não fixar uma diferenciação da quantidade portada de drogas que diferenciaria um do outro, ficando a cargo do juiz analisar sob critérios subjetivos, em exemplo, a quantidade apreendida, local e antecedentes, e é nesses critérios que o *Racial Profiling* adentrou.

Abramovay (2017, p. 46-51) descreve

Os dados mostram claramente que brancos em regiões mais nobres das cidades são considerados usuários, mesmo com quantidades maiores de droga do que negros, que tendem a ser considerados traficantes. O critério se estabeleceu na prática e é simples: branco é usuário, negro é traficante.

Consoante, o *Racial Profiling*, é um dos maiores fatores de influência nas estatísticas relacionadas ao tráfico de drogas, que tem como principal vítima, a população negra, população essa que carece de um tratamento igualitário defendido constitucionalmente.

De acordo, é passível de prova, que as forças policiais, a instituição como toda, aderem a um perfil criminosos para cada infração e delito existente, em consonância, o *Racial Profiling*, tem em sua estrutura o perfil de características voltadas aos negros, o que os leva por consequência a mais conduções violentas pela polícia, e em casos que a algumas abordagens levam a morte do indivíduo, já que, o uso do *Racial Profiling*, faz com que o viés das abordagens policiais vissem os negros como principais alvos, e além disso, são vistos como inimigos da sociedade, e o procedimento violento e muitas vezes

mortal, remete a teoria do direito penal do inimigo, o negro, pobre e periférico não merece o mesmo tratamento de um cidadão branco (SOUTO, 2021).

Em conformidade com o autor, como resultado de um mecanismo estatal estruturado no racismo, pode-se notar como as atuações e as instituições em si, tendem a ser preconceituosas. O negro é visto sobre a ótica do inimigo, ligado aos altos índices de prisões, condenações e abordagens pela polícia, pelo poder judiciário, no que tange a divulgação de dados concretos, os estados dão inúmeras desculpas e poucos mecanismos capazes para recuperar as políticas públicas de proteção a essa população. Em suma, o Racismo Estrutural está presente na formação do estado e dos seus cidadãos, o que leva ao nascimento do racismo institucional que tem como um dos vetores os agentes de segurança pública, que através do *Racial Profiling*, aborda uma inquisição característica nas abordagens, aderindo através da sustentabilidade de que o negro é o inimigo do estado para o Direito Penal, o que leva a exclusão de seus direitos como cidadãos, que são negados pela violência das polícias.

5.A VIOLÊNCIA CONTRA NEGROS NO NORDESTE

Enfim, sob a análise do exposto, optou-se por incluir uma reflexão acerca da questão sobre a região Nordeste. Dessa forma, se considerarmos a taxa nacional de homicídios de pessoas negras no ano de 2019 (29,2%), percebemos que nesse ano todos os estados das regiões Norte e Nordeste, exceto Rondônia (26,3%), Maranhão (26,2%) e Piauí (18,5%), registraram taxas acima da média nacional, como nos casos do Rio Grande do Norte (55,6%), da Bahia (47,2%), Pernambuco (45,3%), Pará (44,8%), Alagoas (44,1%) e por último Sergipe (51,5%) registrando-se como a segunda região com mais incidência de mortes da população negra, ainda em consoante, das 6.416 mortes em intervenções policiais que ocorreram no Brasil em 2020, 78,9% eram pessoas negras percentual semelhante ao de 2019, de 79,1%, outro fator é referente a faixa etária das vítimas, 76% possuíam entre 0 e 29 anos, com incidência maior entre os 18 aos 24, cerca de 44,5%, em contra partida existe conhecimento formal em relação aos Direitos Civis destes grupos na letra da lei, mas o vácuo entre essa formalidade e a sua efetivação permanece enorme. A seguir, será feita análise sobre essa problemática em algumas regiões do Nordeste através de dados da Rede de Observatórios da Segurança e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (IPEA, 2021; FBSP, 2021).

Primeiramente, o Rio Grande do Norte, foi o estado brasileiro com o pior índice de relação de mortes de negros, de acordo com o Atlas da Violência de 2021, no ano de 2019, 1.110 negros foram vítimas de homicídio, número maior do que em relação a 2009, cerca de 574, em correlação a taxa de mortalidade por intervenção policial no estado em 2020 foi 4,1%, um aumento de 1,1% acima da média nacional, a proporção

destas mortes em relação a mortes violentas intencionais é de 10,8%, uma das vítimas dessa violência foi o caso do jovem Giovane de Souza Gomes, de 18 anos, morto em uma abordagem policial, após ser confundido com um Ladrão no ano de 2020 (IPEA, 2021; FBSP, 2021; Globo.com, 2022).

Em conformidade com os dados expostos, a Bahia, que é o estado que possui como capital a cidade mais negra fora do continente africano ainda também é o estado com o maior percentual de negros mortos pela polícia, somando um total de 98%. Na sua capital, Salvador, a maioria dos mortos pela polícia são negros, e também é na Bahia que se localiza a cidade de Santo Antônio de Jesus, a cidade onde a polícia mais mata negros em todo o país. Consoante, o estado possui o maior índice de chacinas dentre os estados do Nordeste, tendo cerca de 74 registros ao longo de dois anos, além da guerra às drogas, somadas ao uso do *Racial Profiling*, que deixou as comunidades negras sob ataques frequentes não apenas da polícia, mas de outros agentes que são encorajados pelos fatores supracitados (CESeC, 2020).

Do mesmo modo, no Estado de Sergipe, no ano de 2019, cerca de 884 pessoas negras foram mortas em abordagens policiais, além disso, nela está situada uma das polícias mais letais do país, a taxa de mortalidade por intervenções policiais foi de 8,5% somada a proporção de mortes devidas a intervenção policial em relação às Mortes Violentas Intencionais foi de 19,9%, essas elevadas taxas sugerem que abusos e execuções seguem sendo como prática da força policial, corroborando com os dados, foi em Sergipe que ocorreu o caso de Genivaldo de Jesus Santos, morto pela Polícia Rodoviária Federal ao ser trancado dentro do porta malas de uma viatura em que os policiais detonaram bombas de gás (IPEA, 2021; FBSP, 2021; ADAILTON; FEITOZA; HOLANDA, 2022).

Simultaneamente, no estado do Ceará é estatisticamente comprovado que uma pessoa negra tem sete vezes mais chances de ser morta durante uma abordagem policial do que uma pessoa branca. No plano geral, a letalidade policial alternou para cima na relação entre os anos de 2019 e 2020. O número de ocorrências progrediu de 136 para 145, assim como o crescimento na quantidade de crimes letais de forma intencional, os roubos seguidos por morte e lesão corporal seguida de morte. Quanto à cor das vítimas, verifica-se que as pessoas negras, as quais correspondem a 62,3% da população cearense, também está classificada como uma das mais afetadas pela violência dos agentes estatais, com números que alcançam cerca de 87,2% dos casos.

O número seria maior se não fosse a falta de transparência e de vontade do Estado no mapeamento de pessoas negras atingidas pelo fenômeno, e no registro da cor das vítimas das ações policiais. Assim, Fortaleza, a capital do estado, registrou 57 casos de mortes por intervenção policial em 2019. Ao todo, 14 vítimas eram pardas e 43 não tinham cor definida nos registros. Com isso, tem-se que o número de vítimas

“incolores” soma-se ao todo, 77,2%, o que se considera como quantidade expressiva, visto que já foi trabalhado o quanto a questão da cor influencia nessas ações. Nesse contexto, o *status* socioeconômico dos negros e moradores de periferia desponta como critérios mais presentes para as abordagens policiais (CESeC, 2020; ANUNCIAÇÃO; TRAD; FERREIRA, 2020).

Em seguida, no Maranhão, o estado sofre em relação a identificação da cor das vítimas das abordagens policiais, tendo um total de 1.402 pessoas negras mortas em 2019, de acordo com a Secretaria de Segurança Pública, as informações relacionadas a cor e raça não são coletadas, em contrapartida, em análise aos dados disponíveis o número de vítimas pela polícia no Maranhão subiu de 72 em 2019, para 97 em 2020, com uma taxa de mortalidade policial de 1,4% com uma proporção de mortes devidas a intervenção policial em relação a mortes violentas intencionais de 4,8%, o estado está interligado a chamada guerra contra o crime onde todas as políticas da esfera de segurança são geridas pela forma de combate bélico, entretanto, o Estado carece de diagnósticos e análise de dados e estatísticas sobre o número de vítimas negras em abordagens policiais (CESeC, 2020; IPEA, 2021; FBSP, 2021).

Em conformidade com os autores supracitados, em relação a Pernambuco, o estado teve um aumento exponencial quando se considera o número de mortos pela polícia entre 2019 e 2020, resultando no aumento de 52,7%. Desses dados, em 2020, 97,3% eram pessoas negras, no total das 113 pessoas mortas vítimas de ações policiais, e destas, 109 eram pessoas negras, e restringindo a capital, Recife, todos os mortos em ações policiais foram negros, resultando num potencial de 100% de mortes. Mais uma vez, o resultado do racismo institucional, do direito penal do inimigo e do *Racial Profiling*, servindo como norteadores para o viés das abordagens policiais. Consoante, a questão da aparência, em específico o modo de vestir, se torna uma das condições que levam o jovem negro a ser abordado pela polícia.

Consoante, no estado do Piauí, com 73,4% da população se declarando como negra, 90,9% das vítimas da violência letal dos agentes públicos são negras. Indo em conformidade, a capital, Teresina, apresenta uma alta taxa de letalidade da polícia, sendo que cerca de 94% da população negra é vítima da atividade policial. O crescimento exponencial da violência, tanto no estado, quanto na capital, é decorrente de múltiplos fatores, desde o racismo institucional à forte desigualdade sociocultural, bem como a ausência da atuação do Estado. Acrescente-se a falta de implantação de políticas públicas, em especial para os jovens periféricos, além da falta de investimento em segurança pública e em programas de especialização e qualificação de policiais. Outro agente que colabora com o problema é a crescente violência que aflora por causa de uma política pública considerada dissociativa do plano geral, que além de ignorar o

racismo institucional, ganha apegos na filtragem policial, que direciona policiais para um público específico de “cor”. Em suma, a ausência de um plano estatal de segurança pública contribuiu para este genocídio negro em percurso (CESeC, 2020).

Em conclusão, a partir da análise dos dados, pode-se sugerir a incidência e influência do Direito Penal do Inimigo e o racismo institucional nas abordagens policiais que ocorrem na região Nordeste do país. Dos altos índices de morte de negros nas abordagens infere-se que a polícia não somente trata com mais brutalidade e inquisição o negro, como observa-se que ele é o alvo principal dessas abordagens. Inclui-se também a diferença de tratamento entre as raças como nítida, de acordo com os dados citados, ou seja, aos cidadãos brancos conferem-se direitos e plenas garantias do direito em um Estado democrático, e aos cidadãos negros resta o tratamento como inimigo estatal e com ele, a violência, a brutalidade e a morte.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal vetor trazer uma correlação existente entre o racismo institucional, as abordagens policiais e a Teoria do Direito Penal do Inimigo, consoante, teoria essa que se encontra no nosso ordenamento jurídico, que apesar de não estar inclusa no nosso Direito Penal por ferir a constituição, vem sendo legitimada pelo uso abusivo da força policial contra as populações negras, em conformidade, tratando o negro como um inimigo do Estado.

O Direito Penal do Inimigo nas abordagens teve seu espaço garantido nas forças policiais em decorrência ao Racismo Estrutural e em consequência o racismo institucional, que permeiam na sociedade desde o período colonial, o negro ainda é visto como um ser inferior nas esferas econômicas, sociais e culturais, já que a concepção social brasileira foi montada em uma visão eurocêntrica e racista de mundo.

Em conformidade, em uma sociedade com um racismo fortemente ligado a suas instituições, mostra o quanto elas tendem a ser preconceituosas, como no caso da polícia, os dados apresentados mostram como é tratado como um potencial criminoso, um possível inimigo do Estado, tudo isso relacionado aos altos índices de prisões e violência de pessoas negras pela polícia, pelo Judiciário brasileiro.

Podemos dizer que, na região Nordeste, nota-se uma violência significativa das forças policiais contra as populações negras, os dados seriam ainda maiores se não houvesse certa negligência por parte dos governos em registrar ou a cor das vítimas. A ausência de transparência ou cuidado quanto a esse aspecto leva à inferência de que se torna necessário maior divulgação de dados concretos acerca da questão, e a criação de novas políticas públicas, além das já existentes como o Estatuto da Igualdade Racial

e a Lei do Racismo, no que tange ao combate de ocorrências que vitimam inúmeras pessoas negras todos os anos.

Em conclusão, o presente trabalho sugere que a população brasileira deve buscar aprender sobre as consequências do racismo que se encontra enraizado na sociedade e nas instituições, e usar este conhecimento para combater as injustiças sociais que acontecem diariamente no país.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. Branco é usuário, negro é traficante. **PISEAGRAMA**, BeloHorizonte, n. 11, p. 46 - 51, 2017.

ADAILTON, F.; FEITOZA, C.; HOLANDA, M. Homem é morto asfixiado após ser preso em viatura por agentes da Polícia Rodoviária Federal em SE. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 maio 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/05/homem-morre-asfixiado-em-viatura-da-policia-rodoviaria-federal-em-se.shtml>. Acesso em: 27 maio 2022.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural. Feminismos Plurais**. Coordenação de Djamila Ribeiro. 7. ed. São Paulo: Jandaíra, 2021.

ANISTIA INTERNACIONAL. Você matou meu filho!: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. **Portal Geledés**. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ANUNCIAÇÃO, Diana; TRAD, Leny A. B.; FERREIRA, Tiago. "Mão na cabeça!": abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 29, n. 1, e190271, 2020.

AZEVEDO, C. M. M. **Onda negra, medo branco**: o negro no imaginário das elites do século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Lei nº 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Articulação Interfederativa** (2016). Temático Saúde da População Negra. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/tematico_saude_populacao_negra_v._7.pdf. Acesso em: 6 abr. 2022.

CARVALHO, L. A. Estatuto da Igualdade Racial: um longo processo para uma sociedade mais justa. **Revista Espaço Acadêmico**, [s. /], v. 14, n. 166, p. 84-91, 2015.

CASO Gabriel: PMs suspeitos de envolvimento em morte de adolescente são soltos pela justiça. **G1.globo**, Rio Grande do Norte, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2022/04/08/caso-gabriel-pms-suspeitos-de-envolvimento-em-morte-de-adolescente-sao-soltos-pela-justica.ghtml>. Acesso em: 8 abr. 2022.

DOMINGUES, P. O mito da democracia racial e a mestiçagem no Brasil (1889-1930). **Diálogos Latinoamericanos**, [s. /], v. 5, n. 10, p. 117-131, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [s. /], ano 14, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [s. /], ano 15, 2021.

FERNANDES, Florestan. **A Integração do Negro na Sociedade de Classes**. 6. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.

FERNANDES, Florestan. **O Negro no Mundo dos Brancos**. 4. ed. São Paulo: Global, 2021.

GAIA, R. da S. P.; ZACARIAS, L. da S. O Fator Raça na Violência Policial Cotidiana: um debate necessário. **Kwanissa: Revista de Estudos Africanos e Afro-Brasileiros**, [s. /], v. 3, n. 6, 2020. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/kwanissa/article/view/14501>. Acesso em: 1 nov. 2022.

GOBINEAU, A. **Ensaio Sobre a Desigualdade das Raças Humanas**. 1. ed. Curitiba: antoniofontoura, 2021.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRERO, Ramiro A. A base ideológica do direito penal do inimigo (Günter Jakobs): sociedade de risco e seus efeitos no estado democrático de direito. **Revista Esmat 5.5**, [s. /], v. 5, n. 5, p. 191-217, jan./ jun. 2013. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revistaesmat/article/view/78>. Acesso em: 9 abr. 2022.

HIRSCH, Joachim. Forma política, instituições políticas e Estado. **Crítica Marxista**, Campinas, n. 24, p. 26, 2007. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivosbiblioteca/artigo21_2artigo1.pdf. Acesso em: 9 abr. 2022.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Situação social da população negra no Brasil**. Brasília: IPEA, 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência v. 2.7**. Brasília: IPEA, 2021.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LÓPEZ, L. C. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo saúde. **Interface**, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 121-134, jan./mar., 2012.

MOREIRA, M. Suicídio de Policiais cresce em 55% em um ano no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 jul. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/07/suicidio-de-policiais-cresce-55-em-um-ano-no-brasil.shtml>. Acesso em: 4 jul. 2022.

MIZAEL, T. M.; SAMPAIO, A. A. S. Racismo institucional: Aspectos comportamentais e culturais da abordagem policial. **Acta Comportamentalia: Revista Latina de Análisis de Comportamiento**, [s. /], v. 27, n. 2, p. 215-231, 2019.

NUNES, S. S. Racismo no Brasil: Tentativas de disfarce de uma violência explícita. **Psicologia USP**, 17(1), p. 89-98, 2006.

PINC, T. Abordagem policial: Um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, [s. /], v. 1, n. 2, p. 6-23, 2007.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. F. **Metodologia do Trabalho Científico [recurso eletrônico]**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: feevale, 2013.

RAMOS, Silvia *et al.* **Pele-alvo**: a cor da violência policial. Rio de Janeiro: CESeC, 2021. RÊ, Eduardo *et al.* O que é o racismo estrutural?. **Politize**, São Paulo, 22 jun. 2021.

Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/o-que-e-racismo-estrutural/> Acesso em: 30 mar. 2022.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford: University of Oxford, 2006.

ROLNIK, R. Territórios negros em São Paulo. **Folha de S. Paulo**, Folhetim, n. 503, p. 2-4, 28 set. 1986.

SILVA, Camila Rodrigues da. Grupo de ativistas combate impunidade em casos de violênciapolicial na periferia. **G1**, [s. /], p. sn, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/04/22/grupo-de-ativistas-combate-impunidade-em-casos-de-violencia-policial-na-periferia.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SOUTO, N. J. Direito Penal do Inimigo e racismo estrutural: uma análise acerca da condutaviolenta da polícia brasileira com enfoque na população negra. **Temas contemporâneos de Direito Penal e Processo Penal**, [s. /], p. 116, 2021.

SOUZA, Jessé. **Como o Racismo Criou o Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021.

TRAD, L. A. B. *et al.* Segurança pública e questões raciais: Abordagem policial na perspectiva de policiais militares e jovens negros. *In*: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, BAPTISTA, C. L. G. C.; NEVES, A. J. (orgs.). **Pensando a segurança pública**: Direitos

humanos, grupos vulneráveis e segurança pública, 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Nacional de Segurança Pública. p. 41-76.

TURE, K.; HAMILTON, C. V. **Black Power**: A Política de Libertação nos Estados Unidos 1. ed. São Paulo: Jandaia, 2021.

WACQUANT, Löic. **Os condenados da cidade—estudos de marginalidade avançada**. Tradução de João Alberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WEICHERT, M. A. Violência sistemática e perseguição social no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 106-128, 2017.

WERNECK, J. **Racismo institucional**: Uma abordagem conceitual. Coordenação de Gueledés – Instituto da mulher negra, Cfemea – Centro feminista de estudos e acessoria. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-RacismoInstitucional-uma-abordagem-conceitual.pdf>, 2016. Acesso em: 26 mar. 2022.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. R. **O Inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Pensamento criminológico, 2007.

ANÁLISE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO ELEMENTO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PARTURIENTE

VANDA RAMOS DE SOUZA:

Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O artigo analisará a violência obstétrica sobre os aspectos da violação dos direitos fundamentais da mulher parturiente, pois durante o processo gravídico, a mulher e o nascituro se encontram em um estado vulnerável, e é essencial que sejam respeitados os direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, direito a saúde física e mental. A violência obstétrica pode ocorrer durante o processo gravídico, puerperal e abortivo, e podem acontecer de várias maneiras como violência física, verbal, psicológica, sexual e institucional. Apesar de haver uma grade evolução referente aos estudos relacionado a prática de violência obstétrica, O Brasil não possui uma lei específica sobre o assunto, mas os atos enquadrados como violência obstétrica podem ser correspondidos em crimes já previstos na legislação brasileira, como lesão corporal, importunação sexual e imputação de responsabilidade civil. Contudo, a falta de legislação referente ao tema no Código Penal e não haver lei federal referente ao assunto, não há a possibilidade de prisão, nestes casos.

Palavras-chave: Violência Obstétrica; Direitos Fundamentais; Direito da Mulher.

ABSTRACT: The article will analyze obstetric violence on the aspects of violation of the fundamental rights of the parturient woman, because during the pregnancy process, the woman and the unborn child are in a vulnerable state, and it is essential that fundamental rights are respected, such as the dignity of the person human right to physical and mental health. Obstetric violence can occur during the pregnancy, puerperal and abortion process, and can happen in different ways, such as physical, verbal, psychological, sexual and institutional violence. Although there is a great evolution regarding studies related to the practice of obstetric violence, Brazil does not have a specific law on the subject, but acts classified as obstetric violence can be corresponded to crimes already provided for in Brazilian legislation, such as bodily injury, harassment sex and attribution of civil liability. However, the lack of legislation on the subject in the Penal Code and the lack of federal law on the subject, there is no possibility of imprisonment in these cases.

Keywords: Obstetric Violence; Fundamental rights; Women's Right.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER PARTURIENTE . 1.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.2. DIREITOS À SAÚDE. 1.3. VIOLÊNCIA

OBSTÉTRICA. 1.4. PERSPECTIVA HISTÓRICA. 1.5. IDENTIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 1.6. 2. O TRATAMENTO LEGAL DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são garantias que todos os indivíduos possuem a partir do momento em que nascem e qualquer violação há estas garantias fundamentais fere benefícios garantidos por lei pela Constituição Federal.

A garantia aos direitos fundamentais deve ser resguardada em todos os âmbitos da vida do indivíduo, mas muitas vezes ocorre a violação desse direito durante o processo reprodutivo dá-se o nome de violência obstétrica. Então entendemos como violência obstétrica sendo toda ação ou omissão que prejudique a mulher durante o processo reprodutivo. A violência obstétrica se apresenta de várias formas sendo elas: verbal, física, psicológica, sexual e institucional.

Refletindo sobre as identificações tratadas sobre violência obstétrica, podemos perceber que o problema causado pela violência obstétrica traz causas estruturais que rodeiam tanto as relações sociais quanto as pessoas que estão envolvidas. Desse modo, percebe-se que a violência obstétrica está muito incorporada a violência institucional pois é um processo recorrente nas práticas de sistema médico-hospitalar

Logo após a globalização dos Direitos Humanos, ocorrida depois de 1948, foi estabelecido um procedimento de introdução de diversas deliberações internacionais, que acontecia através de declarações, convenções, conferências entre outras declarações. Então a partir de 1948 que a mulher passa a ter seu direito de igualdade reconhecido, promovendo assim sua tutela perante a sociedade.

De acordo com a evolução dos Direitos Humanos, as mulheres também foram adquirindo seus direitos em face da sociedade, e processo foi sendo implementado de políticas e práticas que ajudam a tutelar os direitos das mulheres. Então a partir dos anos 90, começa os questionamentos sobre as políticas públicas a respeito da saúde da mulher parturiente. Em 2005 entra em vigor a lei nº 11.108, que visa garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), mas com a Resolução Normativa – RN nº 167, de 9 de janeiro de 2007 regulamento que os planos de saúde também deveriam se adequar a esta norma.

Então tratar a violência obstétrica é uma prioridade, como as mulheres geralmente não sabem que estão sendo abusadas, elas não têm controle sobre seus corpos e nem

noção da gravidade do abuso sofrido. Portanto, há cada vez menos denúncia dessa prática rotineira. Observa-se a necessidade de uma discussão mais ampla sobre o assunto, não apenas para disseminar compreensão contemporânea, mas também para entender como a jurisprudência brasileira está posicionada e como as mulheres são protegidas.

Portanto, o objetivo geral é analisar a conduta da violência obstétrica e as condições que apresentam esta característica, sob a interpretação da violação dos direitos fundamentais relacionados a Constituição Federal de 1988.

Por tanto, aplicou-se o método dedutivo como para composição teórica, dispondo de pesquisa documental e bibliográfica. Consultou-se não apenas o entendimento dos doutrinadores e citou-se outros dispositivos legais relevantes: direito penal, direito civil, constituição federal e projetos de lei que norteiam o assunto.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER PARTURIENTE

No momento da chegada de um filho, é um período mais marcante na vida de uma mulher, ocasionando um momento especial e emotivo. Assim como sua mãe, o filho a partir do momento que nasce também terá direitos fundamentais que são garantidos a todos os indivíduos para usufruir de uma vida digna. Como podemos destacar a dignidade da pessoa humana, direito a saúde e proteção à maternidade e a infância.

A dignidade humana é um princípio básico que torna cada indivíduo parte de um todo. Delimitando uma estrutura de tratamento digno para cada pessoa, que não possibilite um tratamento degradante e assegurando condições básicas de sobrevivência.

Discorrendo sobre a violência obstétrica em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. É correto afirmar que há a violação dos direitos fundamentais a vida, à igualdade, às integridades físicas, morais e psíquicas quando ocorre uma violência obstétrica, devido os princípios fundamentais serem inseridos a dignidade da pessoa humana. Um exemplo prático da violência obstétrica ocorre quando há a realização de procedimentos invasivos de forma desnecessária, acarretando problemas de saúde e alguma vezes o óbito da paciente ou do bebê, são exemplos de violências físicas; quando ocorre ofensas que afetem o psicológico da parturiente, abuso sexual durante a assistência gravídica entre outros.

O Estado tem o papel de garantir os direitos fundamentais básicos para cada indivíduo, operando com autonomia, respeitando e priorizando os direitos fundamentais para que cada cidadão seja assistido adequadamente.

Não mais se concebe o direito à igualdade como tão somente o tratamento previsto em lei, mas sim que o Estado deveria atentar para as diferentes realidades sociais vividas

por todos os seus cidadãos e adotar medidas de forma a garantir que estes pudessem, de fato, ter igual acesso a direitos e bens da vida. (ALMEIDA, 2017, p. 100 – 101)

Com base nisso, o Governo Federal propõe ações de prevenção e assistência à saúde de gestantes, parturientes e recém-nascidas, garantindo o acesso e a qualidade a assistência, Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, (BRASIL, 2011).

O acesso a saúde é uma das garantias do SUS, Sistema Único de Saúde. Portanto, toda brasileira gestante tem direito a uma assistência de qualidade e humanizada, ou seja, que respeite seus direitos e necessidades (UNICEF, 2011).

1.1 Dignidade da pessoa humana

Conforme cita Paulo Gonet Branco (2014, p. 231) o direito constitucional consistente hoje é parte da afirmação dos direitos fundamentais que focam a proteção da dignidade da pessoa humana é da compreensão de que a Constituição é o meio adequado para afirmar tais normas. A Constituição é reconhecida como norma suprema do ordenamento jurídico e tem a percepção de que os valores mais importantes do ser humano devem estar resguardados em um documento jurídico com força vinculante máxima.

A dignidade é uma qualidade ou atributo fundamentada na própria origem do homem como pessoa humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Trata-se, portanto, de um princípio do ordenamento jurídico brasileiro com previsão constitucional, além disso, é, também, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio (BRASIL, 1988).

O indivíduo está em constante aprendizado e em relacionamento com o meio em que está inserido. Pensando nisso, o equilíbrio existente entre a convivência social e a individualidade esta pautada na dignidade de cada indivíduo.

Desse modo, Dallari (2002, p. 8) descreve:

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.

Assim sendo, evidenciamos que a dignidade é um bem irrenunciável, compondo um elemento essencial ao ser humano de tal forma que não possa ser descartado. Segundo Sarlet, Ingo (2002, p. 143) descreve:

Qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Uma vez que, a dignidade é um bem de personalidade deve ser protegido e garantido, como um dos princípios do Estado e de Direito Democrático, sendo um elemento representativo para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

1.2 Direitos à saúde

Um dos elementos essenciais para a vida do ser humano é a saúde, sendo ela também um dos princípios fundamentais garantidos na Constituição Federal e pela Declaração dos Direitos Humanos.

Moreno e Vendrame (2011, p. 34) assim cita:

[...] apontam que o direito à saúde é consagrado como direito dever, em que o Estado tem o dever de prestar dignamente e eficazmente por meio de políticas públicas o acesso à saúde com qualidade, o qual assegure a dignidade humana, compreendendo a sociedade de modo universal, posto que seja uma obrigação do Estado e direito da população.

A Constituição apresenta fundamentos jurídicos que devem ser cumpridas pelo Estado e a sociedade para o desenvolvimento de ações que proporcionem à promoção, à proteção e à recuperação da saúde no país.

Entre as normas legais que protegem o direito à saúde, a Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 e a Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 regulamentaram o Sistema Único de Saúde (SUS) em nível nacional.

O SUS, Sistema Único de Saúde, prevê em sua legislação que toda mulher tem direito a realização de exames de acompanhamento pré-natal, ter acompanhamento no parto com segurança e proteção a amamentação de seu filho. O conhecimento das mães em relação a estes direitos é uma arma fundamental para que este não sejam violados.

As gestantes têm direito à supervisão profissional durante a gravidez garantido pela Lei nº 9.263 de 1996. Todos os ciclos de vida, incluindo concepção e contracepção, cuidados pré-natais e nascimento, cuidados pós-natais e cuidados neonatais como atividades. Segundo orientações do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de

Medicina Complementar (ANS), o parto normal é o mais recomendado, o mais seguro e deve ser disponibilizado a todos os recursos (BRASIL, 1996).

1.3 Violência obstétrica

Considera-se como violência obstétrica toda forma de violência sofrida pela mulher antes, durante ou pós-parto. Pois neste momento, a parturiente encontra-se em um momento de extrema vulnerabilidade, no contexto de violência obstétrica, o corpo da mulher não concernir seu valor, sendo impostas práticas hostis, manobras proibidas, seja desprezando a sua vontade, sendo proferidas injurias e afins. Essas práticas podem ocorrer de várias formas, tendo um caráter vergonhoso, humilhante e traumáticos.

Nesse cenário, ela é entendida como:

[...] intervenção institucional indevida, não autorizada ou sequer informada, até mesmo abusiva, sobre o corpo ou processo reprodutivo da mulher, que violam sua autonomia, informação, liberdade de escolha e participação nas decisões sobre o seu próprio corpo. (MARIANI e NASCIMENTO, 2016, p. 51)

A mulher e seu corpo são desumanizados e objetivados, tirando sua liberdade de escolha e vontade. A violência obstétrica por ser somente acometida sobre mulheres é caracterizada como uma violência de gênero.

Identificar e entender que a mulher sofreu violência obstétrica, continua sendo uma questão complexa, pois quase sempre é perpetrada por profissionais da área da saúde que todos acreditamos ter o direito de fazer. Devido ser realizado por um profissional, o procedimento praticado é tido como necessário e a dor imposta como inevitável.

De outra forma, é necessário especificar que a violência obstétrica pode ser perpetrada por outros profissionais além de médicos. Porque, além da violência moldada pela negligência do Estado, a violência obstétrica também pode advir de qualquer outro profissional ou pessoa envolvida com a obstetrícia. Como por exemplo, enfermeiras, técnicos de enfermagem, etc.

Segundo AGUIAR:

[...] a violência dentro dos serviços de saúde de uma forma geral é identificada a um mau atendimento que inclui: fala grosseira, negligência, abandono, ofensa moral; não ter paciência, gritar, empurrar; não dar informações ao paciente e tratá-lo com indiferença; fazer algum procedimento ou exame sem

consentimento, inadequado ou desrespeitosamente; discriminação por condição social ou cor e a violência física. (AGUIAR, 2010, p. 149)

Observa-se que, a violência obstétrica se apresenta de diversas formas. É um atentado aos direitos fundamentais da parturiente e do nascituro, desacatando ao seu corpo e a vida da parturiente com utilização de procedimentos dolorosos e desnecessários. É por serem propostos por profissionais em atendimento não são questionados ou então são induzidos para que o atendimento seja mais rápido, como uma cesariana desnecessária ou invés de um parto normal humanizado.

1.4 Perspectiva histórica

A medicina obstétrica no passado era praticada por parteiras, mas com a evolução da medicina os médicos se aprimoraram para a realização de partos o que acarretou também na redução da mortalidade infantil.

Desse modo, a viabilidade da prática do controle do período gravídico puerperal por médicos, tornou o parto uma vivência compartilhada com muitos profissionais da saúde, feita em instituições públicas ou privadas. Tirando todo o processo natural, privado e familiar do parto. (OSAVA, 2007).

É verdade que, o progresso da medicina vem avançando durante todo esse tempo. E isso, trouxe inúmeras melhorias para casos em que não há a possibilidade de um parto normal o que acarretava a mortalidade do bebê e da mãe. Mas por outro ângulo, embora os avanços na medicina trouxeram várias vantagens para a mulher, também acarretou que a mulher perdesse seu papel de figura principal e também seu controle de decisão. Tendo em conta, que os procedimentos têm se tornado gradativamente mais invasivos, muitas vezes desnecessários, privando-a a parturiente do direito de expressar sua opinião em um momento de suma importância para uma mãe.

1.5 Identificação da violência obstétrica

A violência obstétrica se manifesta de várias formas sendo elas violência física, verbal, psicológica, sexual, institucional, midiática. Sendo uma das mais comuns a violência física, que segundo (CIELLO, 2012) se define por todas as ações que atentam contra a integridade física da parturiente, não possuem recomendação baseada em evidências científicas, isto é, sem que exista indícios razoáveis para corroborar sua precisão, que lhe causam desconforto ou dor e são realizadas sem o seu consentimento

Um exemplo bem conhecido de violência obstétrica física, como descrito por (CIELLO, 2012) estão a falta de alimento, uso de fórceps, obstrução da movimentação da parturiente, uso frequente de ocitocina – hormônio que tem a função de promover

contrações uterinas, a recusa na aplicação de anestesia indicada, manobra de Kristeller, cesariana sem indicação clínica e episiotomia.

Sendo estes dois últimos a Manobra de Kristelles e episiotomia os mais comuns. A Manobra de Kristelles consiste no ato do médico, enfermeiro de pressionar a parte superior do útero que tem a intenção de ajudar na saída do bebê.

Especialistas garantem que o perigo da prática desse método “incluem a ruptura uterina, lesão do esfíncter anal, fraturas em recém-nascidos ou dano cerebral, dentre outros” (LEAL, *et al*, 2014, p. 43).

A episiotomia é uma incisão na genitália feminina que pode ajudar na remoção do bebê. Este método não é um método tolerado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como muitas vezes é realizada sem o consentimento da paciente sem anestesia, e por ser considerado como uma violência deve ser anotado no portuário médico.

Pode ser retrata que a violência obstétrica psicológica como “todo tipo de colocação verbal ou comportamental que venha causar na gestante sentimento de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio”. (Ciello et al, p. 60).

Também se caracteriza como violência obstétrica verbal ou comportamental o ato que proporcione a mulher um “ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais”. (2016, p. 108).

Já a violência obstétrica sexual descreve o controle da sexualidade da parturiente. Com descreve FRANCO; MACHADO:

Já a violência sexual enquanto violência obstétrica está ligada ao controle da sexualidade da mulher, através do abuso da posição de poder e confiança, utilizando-se de assédio sexual, contatos físicos forçados, insinuações ou incitações sexuais e até mutilações genitais. (FRANCO; MACHADO, 2016, p. 105).

SOUZA, (2014) define a violência obstétrica institucional da seguinte forma:

(...)A violência institucional decorre das relações sociais marcadas pelo descaso com os aspectos humanísticos do cuidado, da rigidez hierárquica nas relações dos profissionais de saúde com os pacientes/clientes, das falhas no processo de comunicação, da

mecanização do cuidado, do uso inadequado da tecnologia, do não compromisso dos profissionais com o processo de cuidar.

Logo, podemos observar que inúmeras são os exemplos de violência obstétrica e muitos exemplos poder ser empregados em mais de uma característica apresentadas aqui.

2 O TRATAMENTO LEGAL DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

Ainda que seja um fato comum no Brasil a prática da violência obstétrica, ainda não existe uma tipologia para esta questão na no âmbito do direito penal e nem no âmbito de lei federal, que seja específica e que trate da violência obstétrica no Brasil. No entanto, deve-se notar que as leis gerais são aplicadas para punir os atos lesivos contra as parturientes, pois o atentado aos direitos fundamentais deve ser entendido considerando os princípios jurídicos e as garantias do nosso ordenamento jurídico.

Assim, mesmo sem tipologia própria, a violência obstétrica ainda é um ato ilícito, negligente e é uma violência contra a integridade física da mulher, e por esse motivo prevê regras adequadas para o tratamento desta matéria. São eles: direito penal, constituição federal, direito civil, código de defesa do consumidor, decretos que regulamentam a assistência médica entre outras, sendo uma delas a lei 11.108/2005 que garante os direitos do acompanhante antes, durante e pós-parto.

Conforme mencionado anteriormente, por não haver regulamentação específica sobre o assunto, citaremos alguns projetos de lei que correm tramitam com a intensão de resguardar o direito da parturiente. E de fato, é uma questão que reconhece a violência obstétrica e garante verdadeiramente os direitos da mulher e do bebê.

O projeto de Lei nº 7.633/2014 propõe identificar a violência obstétrica, presente no art. 13, com:

Art. 13 – Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. (BRASIL PROJETO DE LEI Nº 7.633/2014).

Observa-se que o parágrafo único da lei, igualmente identifica a violência em casos de aborto. Da mesma forma, as proposições legislativas em discussão, apresentam como um destaque no seu art. 3º, §II, aplicação de condutas menos agressivas como um dos

princípios do cuidado humanizado. Na prática, isso é de suma importância, pois muitas vezes as mulheres passam por cesáreas sem ao menos entender os motivos de tais atos.

No que diz respeito às operações cesarianas, o art. 14 da mesma lei, exemplifica a atuação de procedimentos que são considerados como violência obstétrica, como a prática de cesarianas indevidas, desconhecendo os riscos reais do procedimento, somente por interesse médico, envolvendo opiniões desagradáveis, banalização da dor e a recusa do acompanhante (já regulamentada pela Lei nº 11.108/2005).

O Projeto de Lei nº 7.867/2017 apresenta no seu art. 3º a definição de violência obstétrica, como o procedimento realizado pelo “membro da equipe de saúde, do hospital ou por terceiros, em desacordo com as normas regulamentadoras ou que ofenda verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas”.

Uma legislação que defina as práticas de violência obstétrica é de extrema necessidade na sociedade. Pois de acordo com que os tratamentos obstétricos se tornam mais humanizados, é essencial que haja uma legislação que compreenda e estabeleça os limites que violem os direitos das parturientes e do bebê.

Quando ocorre a prática de violência obstétrica o profissional irá ser responsabilizado civilmente sobre procedimentos e práticas utilizados em paciente que não estão de acordo com os parâmetros pertencentes ao código de ética de cada profissional. Sendo assim, qualquer violação de direitos da parturiente, ocasionará a violação do direito, cabendo indenização a vítima.

Pode-se notar também que o Código Penal não cita a violência obstétrica, mas é importante enunciar que este crime pode ser correspondido com outras ações já existentes no ordenamento jurídico. Que variam de lesão corporal constante no art. 129 do CP, e lesão corporal de natureza grave constante no art. 129, §1º, quando acontece a celeridade do parto.

Além dos crimes mencionados acima, também pode constituir crime de injúria constante no art. 140 do CP e quando a grávida se queixa de dor durante o parto, e escuta comentários maldosos e constrangedores, neste ato imputa-se o crime de constrangimento ilegal constante no art. 146 do CP.

Diante do exposto, observa-se que a violência obstétrica ainda é muito presente na vida de várias parturientes e acarretando um dano emocional em um momento que é tão importante e sublime na vida de uma mulher.

CONCLUSÃO

A violência obstétrica é uma violação das garantias e direitos fundamentais da mulher parturiente, uma violação de seu direito à integridade física e de tomar decisões sobre seu próprio corpo, seus direitos reprodutivos e sexuais e seu direito à livre escolha. Apesar de a Constituição Federal consagrar a autonomia e a independência da mulher em diversas instituições, a mulher ainda é vista como inferiorizada, principalmente no que diz respeito à violência sexual e doméstica, e a mulher como vítima social, revelando que o domínio masculino é enfatizado em detrimento da hiper vulnerabilidade.

A violência obstétrica é, portanto, perpetrada contra a mulher em ambiente hospitalar antes, durante ou pós-parto. São praticadas de diversas formas física, verbal, psicológica, sexual e institucional. Estes procedimentos são dolorosos, sem o consentimento da paciente, sem informação, a recusa na aplicação de anestesia quando solicitado, negligência, recusa ou impedimento da entrada do acompanhante no hospital (Lei 11.108/2005). Violência psicológica (tratamento ofensivo, discriminatório, desrespeitoso ou depreciativo com base na cor, orientação sexual, número de filhos, etc.); obstrução do contato com bebê e a mãe posterior ao parto, prática de cesariana não consensual, entre outros.

Observa-se que, com o tempo, o parto tornou-se um processo institucionalizado, deixando de lado aquele aspecto que tinha anteriormente onde a mulher era uma peça principal, tinha autonomia e liberdade para conduzir seu parto.

Verifica-se que a violência obstétrica é uma prática comum, e por não haver nenhum dispositivo judicial ou lei federal específica que trate do assunto, há apenas projetos de lei tratando do assunto e, portanto, as discriminações aplicadas nos casos de violência obstétrica, são consequentes as regras gerais adequadas aos casos nos âmbitos do direito civil, administrativo e penal. Que tem como objetivo de impedir e punir esses procedimentos que tanto agridem a integridade e os direitos da mulher e de seu bebê.

Portanto, a fim de evitar abusos relacionados a violência obstétrica, é necessário não só aplicação de políticas públicas de sensibilização a respeito do assunto, como a identificação da violência e orientações sobre o direito que tem a parturiente caso haja a prática de violência obstétrica. As leis em propositura visam proteger juridicamente o bem ferido, a dignidade da mulher, a violação de sua saúde, de seu corpo. Além de respaldar e regulamentar o que é a prática de violência obstétrica e penalidades para os infratores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. M. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Direito à igualdade e formas de discriminação contra a mulher.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. VadeMecum Saraiva. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 13 ago 2022.

BRASIL, **Projeto de lei nº 7.633, de 2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=494BE22BE379353C5C7EFAC1AE2BBB16.proposicoesWeb2?codteor=1261087&filename=Avulso+-PL+7633/2014>. Acesso em: 14 out 2022.

BRASIL. **Recomendações da OMS**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/oms.html>>. Acesso em: 28 maio. 2022.

CIELLO, Cariny et al. **Parto do princípio. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa**. Dossiê da Violência Obstétrica "Parirás com dor". Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em 28 maio. 2022

COSTA, Laís Bianchin da; CHERON, Cibele. **Violência Obstétrica, Direitos Sexuais e Reprodutivos, Subjetividade Feminina, Direitos Humanos das Mulheres**. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress, 2017, Florianópolis. (Anais Eletrônicos), <http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499483168_ARQUIVO_ArtigoLaiseCibe.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002.

FRANCO. Luciele Mariel. MACHADO. Isadora Vier. **Contornos de opressão: história passada e presente das mulheres**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-contornos_2.pdf>. PDF. Acesso em: 7 maio 2020

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2017. 707p.

LEAL, M. C., Pereira, A. P., Domingues, R. M., Theme, M. M., Dias, M. A., Nakamura-Pereira, M et al. **Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual**. Cadernos de Saúde Pública, 30(Supl. 1), S17-S32. 2014. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00151513>>. Acesso em 05 junh de 2022.

MARIANI, Adriana; NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Violência obstétrica como violência de gênero e violência institucionalizada**: breves considerações a partir dos direitos humanos e do respeito às mulheres. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (Unibrasil), Curitiba-PR, vol. 2, n. 25, p. 48-60, jul/dez 2016. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/3060/2630>. Acesso em: 19de agosto de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.271.

Ministério da Saúde. Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) – Brasília, DF.2015. Disponível em < http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2015/Relatorio_PCDCesariana_CP.pdf>. Acesso em 05 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=8DFFC71C35759CDDE9FD44BB3DC9548D?sequence=3>. Acesso em: 30 out 2022.

OSAVA, Ruth Hitomi. Assistência ao parto no Brasil: o lugar do não-médico. Departamento de saúde Materno-Infantil da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SOUZA, Karina Junqueira de. Violência institucional na atenção obstétrica: proposta de modelo preditivo para depressão pós-parto. 2014. 106 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MORENO, Jamile Coelho; VENDRAME, Alan. Saúde como direito fundamental: Uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In Siqueira, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. São Paulo: Globo, 2011.