

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1025

(Ano XIII)

(26/06/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

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, 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: Bacharelada 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Aposentadoria da pessoa deficiente na Previdência Social
Alexandre S. Triches, 08.

ARTIGOS

A colaboração premiada como mecanismo legal no combate as organizações criminosas

Joyce Leal Felipe, 10.

Um estudo sobre a competência de lançar decisão irrecorrível em face de prefeito ordenador de despesas nas contas de convênio

Wellington Campos Pereira, 29.

O papel da Marca Jurídica na Construção do Capital Social dos escritórios de Advocacia

Tercio Strutzel, 44.

Ampla defesa e contraditório no inquérito policial

Carla Viviane Laudares, 49.

Os negócios jurídicos processuais e sua incidência na execução

Catarina Isabelle de Carvalho Pereira e Jéssica Aparecida de Souza Costa, 67.

A legalização da maconha: uma análise dos impactos positivos e negativos

Valderi Silva Souza, 94.

Responsabilidade civil dos fornecedores em face do Código de Defesa do Consumidor

Amanda Alegria Querubim, 108.

Orçamento da Seguridade Social: transparência do orçamento e análise da constitucionalidade da PEC 287/16

Ilara Maria Reis Coelho, 118.

Direitos das crianças e adolescentes: menores em estado de rua no Brasil e os seus direitos exterminados

Mylena Dias da Rocha, 138.

Direito do consumidor nas compras online

Gabriel Alisson Alves de Brito, 146.

Análise da inclusão social das pessoas com deficiência no ensino regular no Estado do Tocantins

Ana Beatriz Martins Borges, 158.

Pacote anticrime: as principais alterações para sistemática processual penal no Brasil

Rogério Rodrigues Porto, 173.

A evolução filosófica do conceito de liberdade e a garantia da manifestação de expressão no sistema de proteção internacional, comunitário e constitucional no Brasil

Alessandro Del Col, 192.

O valor da palavra da vítima no sistema probatório como principal prova nas condenações de estupro e estupro de vulnerável

Luiza Karoline Rodrigues de Oliveira Miranda, 215.

A importância do controle interno para a efetivação dos princípios da eficácia e eficiência na Administração Pública

Wudson Pena Mendonça, 235.

Acionamento pelo cidadão do Sistema Interamericano de Justiça através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o caso dos desastres ambientais

Juliana Matos Pereira, 255.

A Criação Literária e o Discurso De Ódio: Uma Hidra De Lerna

Sarah Lopes de Araújo Freitas, 268.

As dificuldades financeiras enfrentadas pelos Municípios e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Ane Caroline Galhardo, 284.

O papel do Ministério Público nas ações de interesses difusos

Pedro Gomes da Costa Júnior, 347.

Da ordem ao amparo: evolução das medidas socioeducativas para o menor infrator

Larissa Martins Costa, 365.

Análise da Constitucionalidade do Acordo de não Persecução Penal

Ilara Maria Reis Coelho, 383.

A violência doméstica contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)

Wendel Xavier Chaves, 402.

Feminicídio

Henrique Barbosa da Silva Junior, 417.

A importância do direito notarial e registral em face das inovações do CPC/15: desjudicialização

Yeda Raquel Martins da Silva, 428.

A evolução do papel da mulher e sua permanência como membro vulnerável de violência doméstica

Alexa Ramos Pires e Uriane Dias Da Silva, 441.

Nascituro: a situação jurídica do nascituro face ao sistema legislativo no Brasil

Ingrid Lauana Moreira Chaves e Daniel Lott Murta Aguiar, 467

Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil de fornecedores

Diego Dos Santos, 485.

MONGRAFIA

O Trabalho ao Longo das Eras

Daiana Gomes Almeida, 493.

APOSENTADORIA DA PESSOA DEFICIENTE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALEXANDRE S. TRICHES:

Advogado. Especialista em Direito Previdenciário.

Segundo o IBGE, de acordo com o Censo 2010, quase 46 milhões de brasileiros, cerca de 24% da população, declarou ter algum grau de dificuldade em pelo menos uma das habilidades investigadas (enxergar, ouvir, caminhar ou subir degraus), ou possuir deficiência mental / intelectual.

Todas essas pessoas podem solicitar uma avaliação junto à Previdência Social quanto ao grau de deficiência, que compreende os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho e a restrição de participação em atividades. Todos estes dados servirão ao INSS para avaliar o direito à aposentadoria ao deficiente.

Considera-se pessoa deficiente aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Para a verificação do direito à aposentadoria é necessário a realização da avaliação biopsicossocial, que é um modelo diferente daquele utilizado pelo INSS para avaliar o direito às prestações por incapacidade para o trabalho e para atividade habitual.

A perícia biopsicossocial não analisa a doença, mas sim a saúde da pessoa. Para tanto, não se restringe aos diagnósticos médicos, mas promove também uma ampla avaliação do contexto social envolvido. É por isso que estas avaliações não são realizadas apenas por médicos, mas também por assistentes sociais e seu resultado está diretamente ligado à atribuição de uma pontuação, conforme critério objetivamente definido na lei, levando em consideração as funções do corpo e as barreiras externas a ele.

Acontece que a perícia biopsicossocial é complexa e ainda pouco compreendida, até mesmo pelos profissionais da área e, não raras vezes, o não reconhecimento do direito se dá de forma equivocada. A avaliação só será completa se levar em consideração o contexto social do deficiente, o que pode envolver inúmeros aspectos, tais como dificuldades com interação social, pouco acesso ao tratamento de saúde, enfermidades psicológicas, estigma social e o próprio comprometimento da vida independência da pessoa.

No caso da aposentadoria por idade ao deficiente, o tempo de contribuição exigido são 15 anos, porém a idade exigida é de 55 anos para as mulheres e de 60 anos

para os homens. Mais vantajosa portanto, do que a aposentadoria programada, que exige 65 anos aos homens e 62 às mulheres.

No caso da aposentadoria por tempo de contribuição dependerá do grau da deficiência: se grave, será 25 e 20 anos de contribuição; se média 29 e 24 anos de contribuição e, se leve, 33 e 28 anos de contribuição. Nos três casos, se homem ou mulher, respectivamente e sem idade mínima. Importante: caso não atinja o tempo mínimo necessário é possível converter o tempo de deficiente para tempo comum ou para outro grau de deficiência, através de um fórmula específica, o que agrega múltiplas possibilidades para o planejamento da aposentadoria.

O mais interessante é que a reforma previdenciária, aprovada em 2019, que alterou fortemente os requisitos e a forma de cálculo das prestações da Previdência, não atingiu as aposentadorias ao deficiente. Assim, pela condição de deficiência, é possível obter aposentadoria com valor integral, sem incidência de fator previdenciário e com forma de cálculo mais vantajosa que as demais espécies.

Os desafios para a implementação desta nova mentalidade envolvendo a deficiência não são poucos, e um deles, sem dúvida, passa pela disseminação e a compreensão dos direitos e deveres envolvidos. Por isso, é fundamental conhecer os modelos de aposentadoria voltados a proteger a pessoa deficiente na Previdência Social.

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO LEGAL NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

JOYCE LEAL FELIPE:
bacharelanda em Direito
pela Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo das organizações criminosas, bem como, o seu surgimento e a forma que vem se desenvolvendo com o passar dos anos. O estudo fez menção a diversas leis, mas se manteve constante na Lei nº 12.850/13 que trouxe ao nosso ordenamento jurídico brasileiro um conceito moderno de crime organizado. Contudo, o ponto central deste estudo é o procedimento da colaboração premiada, defronte a nova previsão normativa presente no artigo 3º da Lei nº 12.850/13, tendo como natureza jurídica o meio de obtenção de provas que ajudam na demolição de diversas organizações criminosas, trazendo como resultado ao réu colaborador tantos benefícios legais. A análise desenvolvida alvitrou diversos pontos sobre o conceito de organizações criminosas, a origem da delação premiada, as críticas feitas contra este instituto com relação à ética e a moral, e por fim tratou ainda da delação premiada no direito comparado. Além do mais, a pesquisa trouxe as inovações de maneira geral, existentes na doutrina e na jurisprudência.

Palavra-chave: Crime organizado; Colaboração premiada; Meios de prova.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Crime Organizado. 1.1. Evolução Legislativa. 2. Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/13. 2.1 Definição. 2.2 Ética e Moral. 2.3 Requisitos. 2.4. Dos Benefícios. 2.4.1 A colaboração premiada pode beneficiar o colaborador em áreas não penais? 2.5 Valor Probatório. 2.6. Procedimentos. 3. Colaboração Premiada no Direito Comparado. 3.1. Espanha. 3.2. Itália. 3.3 Estados Unidos. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade no Brasil está crescendo cada vez mais, e de forma organizada e com uma estrutura complexa, com hierarquia e divisão de tarefas entre seus integrantes, fazendo uso de meios cada vez mais sofisticados para o cometimento de delitos. Para punir tais grupos, são necessárias ações bem articuladas do poder público, passando então a adotar seus próprios meios para dismantelar tais organizações. A Colaboração Premiada remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, se encontra presente no livro V. Tendo ele vigorado de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do código criminal de 1830.

Dessa forma, o propósito deste artigo científico é analisar a colaboração premiada como mecanismo legal no combate as organizações criminosas, sendo necessário para isso, verificar a evolução histórica desse aludido instituto.

No primeiro item, o presente trabalho abordará o conceito de organizações criminosas e a origem da delação premiada, portanto além de constar no nosso ordenamento jurídico expressamente na Lei nº 12.850/13, já existia de forma mais rudimentar na legislação brasileira.

Superada essa evolução histórica, o segundo item tratará a definição da colaboração premiada, uma breve análise do problema a cerca deste tema, uma divergência entre doutrinadores, sua natureza jurídica, requisitos, benefícios ao colaborador, se a colaboração premiada pode beneficiar o colaborador em áreas não penais, valor probatório e seus procedimentos.

Por fim em feito contínuo, o terceiro item abordará a delação premiada no direito comparado, já que este instituto tem sido usado em diversos países.

O presente trabalho tem a finalidade básica a fim de gerar um conhecimento que seja útil para a ciência, com a intenção de ampliar a compreensão de tais assuntos. Tendo ainda, como objetivo uma pesquisa mais exploratória, ou seja, uma visão mais geral à cerca de determinado fato. Com procedimentos bibliográficos a partir de materiais já existentes, constituído principalmente de livros, artigos e via mais atualizada, quais sejam os meios eletrônicos. Dar-se ainda, que se fará uma abordagem qualitativa à cerca do tema, sem se preocupar com números, posto que tais aspectos são incalculáveis.

Dito isso, a fim de definir o objetivo central, qual seja demonstrar a utilização da Colaboração Premiada no combate as Organizações Criminosas, verificando o entendimento à cerca da eficácia ou ineficácia deste instituto.

2 CRIME ORGANIZADO

2.1 Considerações Iniciais

O conceito de crime organizado provoca inúmeros debates doutrinários e se modifica de acordo com os diversos pontos de vista, já que existem múltiplos tipos de organizações criminosas com "modus operandi" variados.

Para o FBI crime organizado é identificado por qualquer grupo que obtenha

algum tipo de estrutura formalizada, seu objetivo primário é alcançar dinheiro através de atividades ilegais. Estes grupos mantêm suas posições pelo grande uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões.

Já para Interpol, seu principal objetivo também é o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção.

Com o passar dos anos diante do silêncio das legislações brasileiras, alguns doutrinadores e tribunais passaram a abraçar o conceito da Convenção de Palermo, que define crime organizado no seu artigo 2º "a" do Decreto nº 5.015/ 2004:

"Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (BRASIL, 2004, n.p.).

A criminalidade organizada é um dos maiores problemas do mundo globalizado e vem se desenvolvendo significativamente e de maneira equiparável à sociedade. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, ela trouxe conceito, técnicas investigatórias e meios de obtenção de provas para melhor eficiência persecutória da criminalidade organizada.

A Lei nº 12.850/13 define organização criminosa:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013, n.p.).

A estrutura de uma organização criminosa vai além de uma autoria e a atuação de demais pessoas. É uma criminalidade crescente, passando de mero ajudante de pessoas para um aglomerado muito bem organizado para o cometimento de crimes, se apoderando de territórios, grandes centros e envolvendo inclusive a população. Há ainda a utilização de violência, com o objetivo de atemorizar pessoas e impor a chamada lei do silêncio.

A organização e a estruturação do grupo criminoso justamente permitem pela divisão de funções, pela hierarquia, pelo modelo

empresarial e racional tornar mais oculta a atividade, mais compartimentados os conhecimentos e mais difícil a compreensão do todo criminoso pelo Estado. (CORDEIRO, 2020, p. 42).

Tráficos de drogas, tráfico de armas, de veículos até de seres humanos, prostituição, lavagem de dinheiro, tudo que se pode ter de ações ilícitas. Contando

muitas vezes com agentes da lei e políticos (de quem deveria denunciá-los, combatê-los e condená-los) até dominarem comunidades e presídios. As organizações criminosas podem também, eventualmente ou corriqueiramente, exercer atividades lícitas com finalidade ilícita.

O confronto entre essas organizações e as forças policiais são constantes e deixam cada vez mais vítimas, marcando noticiários diariamente.

O Brasil teve uma alta de 8% no número de assassinatos nos primeiros meses deste ano em comparação com o mesmo período do ano passado. Os dados apontam que o país teve 7.743 assassinatos nos primeiros meses de 2020, houve 548 mortes a mais na comparação com 2019, uma alta de 8%. Vinte estados do país apresentaram alta de assassinatos e somente sete registraram queda. (G1, 2020, n.p.).

O número é alto portanto é apenas uma estimativa dada a natureza ilegal das organizações criminosas.

Nos dias que correm são conhecidas pela doutrina quatro formas básicas de organizações criminosas que, por vezes, se combinam. A mais comum conhecida como tradicional (ou clássica) é o modelo mais visto das organizações criminosas tipo máfias, que revelam características próprias.

Rede, que emana através de um grupo de especialistas, que age normalmente por tempo determinado (curto) e depois se separam e se juntam com grupos diversos. Sua principal característica é a globalização. Não exigindo inclusive a forma hierárquica.

Empresarial, iniciada com atividades lícitas por empresários que se aproveita da própria hierarquia da empresa para práticas ilícitas como crimes fiscais, lavagem de dinheiro e etc.

Por fim a Endógena, formado essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os níveis (corrupção, prevaricação) agindo dentro de todas as esferas, federal,

estadual e municipal envolvendo inclusive cada um de seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2.2 Evolução Legislativa

A lei nº 7.492/86, artigo 25, parágrafo 2º dos crimes contra o sistema financeiro foi a primeira a fazer menção do instituto da colaboração, dizendo:

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1986, n.p.).

A Lei nº 8.072/90 dos crimes hediondos veio depois e também estabeleceu o instituto da colaboração no ordenamento jurídico. Posteriormente em 1995 com a Lei nº 9.034/95 surgiu a Lei de Organizações Criminosas que trouxe a colaboração ainda que sem ampla regulamentação. Em 1998 a Lei nº 9.613/98, que trata sobre o crime de Lavagem de Dinheiro também fez menção ao instituto da delação premiada prevendo uma possível redução de pena de 1/3 a 2/3, dentre outros benefícios ao acusado que colaborar. No encalço, com a Lei nº 9.807/99 “programa de proteção a vítimas e a testemunhas” em seu artigo 14 trouxe também a delação premiada. No ano de 2006 veio a Lei nº 11.343/06 Lei de drogas que se dirigiu ao assunto no seu artigo 41. Com o passar dos anos, mais tarde veio a lei nº 12.529/11 que guiou a possibilidade de suspensão do prazo prescricional, impedimento de oferecimento de denúncia em relação ao beneficiário da leniência. Só então, em 2013 surgiu a Lei nº 12.850/13 prevendo expressamente este instituto.

Entende-se hoje que a colaboração premiada é uma das formas mais eficaz para desarranjar organizações criminosas, já que os próprios membros das organizações as desvendam para as autoridades em troca de benefícios. Vale ressaltar que é feita de modo voluntário.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13

3.1 Definição

Vivemos há muitos anos em uma verdadeira atribulação e com uma enorme sensação de impunidade, que só tende a aumentar, já que o processo penal se aferrou a costumes antigos e a insuficiência de mecanismos para se buscar a soluções de conflitos.

Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas céleres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou brasileiros, entregando-os aos

holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada. (LIMA, 2020, p. 866).

Posto isso, a colaborada premiada pode ser definida como um acordo feito entre o estado e o réu colaborador (coautor e/ou partícipe) o qual confessa seu envolvimento em determinado crime, fornecendo aos órgãos responsáveis informações eficazes abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio e assumindo o engajamento de ser fonte de prova para a acusação acerca dos demais corréus envolvidos.

Segundo Lima (2020) a colaboração premiada é de modo pleno comportável com o princípio *do nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo).

Escolhendo então o delator deixar de exercer seu silêncio por livre e espontânea vontade terá ele assistência técnica e será previamente avisado de que não é obrigado. Não impedindo deste modo que tenha tido incentivo de terceiros, desde que não haja coerção, constrangimento, intimidação e o uso de força para isto.

O instituto se desenvolveu diante das objeções enfrentadas ao longo do tempo de se punir os crimes praticados em concurso de agentes, e principalmente de se acompanhar a sofisticação das organizações criminosas. Sendo na verdade uma forma do estado suprir sua infrutuosidade em relação ao combate a esses crimes.

Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade. (LHERING, 1853 *apud* SOUZA, 2008, p. 16).

A delação não se confunde com a confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, visto que nesta hipótese o agente somente confessa sua participação no delito, sem imputar este fato a terceiros. Para que se caracterize a delação premiada devem, ocorrer, ao mesmo tempo uma confissão e uma incriminação de um coautor ou partícipe.

A colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio especial de obtenção de prova, materializado em um “acordo” reduzido a termo para posterior homologação pelo juiz.

O STF também retém o entendimento de que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova. Este entendimento foi citado no julgamento do HC 127.483/PR.

No julgamento supramencionado o Relator Ministro Dias Toffoli disse:

[...] A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (BRASIL, 2016, p. 2).

Pergunta-se: o delatado pode impugnar o acordo de delação premiada?

Em princípio o STF diz que não, pois trata-se de negócio jurídico personalíssimo (HC 127.423/PR). Entretanto, o próprio STF negando-lhe caráter absoluto a esse entendimento diz ser possível caso o delatado tivesse prerrogativa de foro e o acordo houvesse sido homologado por juiz de primeira instância (HC 151.605/DF).

3.2 Ética e Moral

Ainda nos dias de hoje, existe uma enorme discussão entre os doutrinadores sobre a ética e a moral da delação premiada. Há doutrinadores que defendem somente efeitos negativos a este instituto, dizendo ser totalmente inútil e que este não tem força para combater a criminalidade.

Ao preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem o pratica, o Estado premia a falta de caráter do codelinqüente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social. (CARVALHO, 2009, p. 101 *apud* LIMA, 2020, p. 869).

Para os que defendem trás com sigo a ideia de que no mundo do crime não existe ética, portanto essa traição seria por bons propósitos, agindo contra o crime e em favor do estado e da nossa sociedade.

Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (omertà), além de beneficiar o acusado colaborador. (LIMA, 2020, p. 869-870).

3.3 Requisitos

A colaboração premiada decorre de um acordo entre delator e o Estado, ambos entram em um acordo para que cada um venha alcançar o objetivo ambicionado, o colaborador que é conseguir beneficiamentos processuais e o do Estado que é conseguir informações probatórias para solucionar tais organizações que são muito bem organizadas. Para que chegue a tanto, é necessário que o réu colaborador cumpra alguns requisitos para que o Estado lhe ofereça um dos prêmios legais, a começar com a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, prevenção de crimes decorrentes das atividades cometidas por tais organizações, a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais e pôr fim a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Bittar (2020) ressalta que o juiz deverá aumentar ou diminuir as vantagens, conforme a maior ou menor eficácia da participação do imputado no acordo de colaboração premiada.

3.4 Dos benefícios

Os benéficos geralmente é o que estimula o réu a colaborar com a justiça, logo os primeiros dispositivos legais que citavam a delação premiada ofereciam um único benefício legal, qual seja, uma diminuição da pena de 1/3 a 2/3. Lima (2020, p. 881) disse: “Fácil perceber, portanto, o motivo pela qual o coator ou partícipe do fato delituoso não se sentia encorajado a colaborar com as autoridades estatais”.

Com o passar dos anos houve várias alterações legislativas que foram melhorando os tipos de benefícios que o delator poderia ter com o acordo de colaboração premiada. Estas alterações foram extremamente necessárias para que

se verifica-se interesse por parte dos réus em colaborar com o Estado, tendo em consideração que os delatores não estariam dispostos a correr risco por uma simples redução de pena.

O colaborador já sabia, de antemão, que provavelmente continuaria cumprindo pena, quíça no mesmo estabelecimento prisional que seus comparsas. Isto acabava por desestimular qualquer tipo de colaboração premiada, até mesmo porque é fato notório que o “Código de Ética” dos criminosos geralmente pune a traição com verdadeira “pena de morte”. (LIMA, 2020, p. 881).

Com a chegada da Lei nº 12.850/13 também houve a ampliação do leque de benefícios, quais sejam: diminuição da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, perdão judicial e consequente extinção da punibilidade, não oferecimento da denúncia (acordo de imunidade) e progressão de regimes.

Verifica-se ainda alguns direitos do qual o réu delator faz jus, e no caso de sua ineficácia o valor da colaboração premiada se perde. A começar com o principal direito, qual seja a sua voluntariedade em intrometer-se na delação premiada, sua fala deve ser feita na presença de seu advogado de defesa para que o mesmo garanta suas prerrogativas, pode o delator inclusive pedir proteção policial para resguardar sua integridade física, caso queira e achar conveniente pedir o sigilo de seu depoimento. O art. 4º, § 10 da referida Lei, resguarda ao colaborador o direito de retratação, ou seja, retornar ao status quo ante. Por fim, o art. 5º da Lei nº 12.850/13, traz também alguns dos direitos que poderá gozar o colaborador.

3.4.1 A colaboração premiada pode beneficiar o colaborador em áreas não penais?

Muito se discute a respeito dessa possibilidade de os celebrantes terem concessão de benefícios não expressos em lei. Dispondo sobre o assunto existe duas correntes. Uma delas trata da possibilidade de adoção de sanções premiaias não previstas em lei, desde que não agravem a situação do agente colaborador com sanções mais severas.

“No âmbito da operação “Lava Jato”, por exemplo, foram celebrados acordos dando permissão para que familiares do colaborador fizessem uso de bens que são produtos de crime e o cumprimento da pena em regimes diferenciados”. (LIMA, 2020, p. 887.)

E a segunda corrente trata da impossibilidade de adoção de sanções premiaias não previstas em lei por achar absolutamente necessário o cumprimento estrito da lei, que trata dos benéficos.

Será possível existindo acordo de colaboração premiada na seara criminal, transferir-se os prêmios legais também a instância cível administrativa?

O tema ainda é pouco discutido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, portanto há entendimentos em ambos os sentidos.

Em 2014 houve o julgamento de um acórdão pela Relatora Carmelita Brasil no seguinte entendimento:

A delação premiada tem aplicação restrita à esfera penal, não alcançando as demais sanções por improbidade administrativa. O recebimento de vantagem indevida por agentes públicos para obter apoio político em campanha eleitoral configura ato de improbidade, sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas. No caso, um dos réus, delator da existência e do funcionamento de organização criminosa instalada na cúpula do GDF, foi beneficiado judicialmente com a delação premiada em virtude da comissão e do termo de colaboração firmado com o MPDFT. Todavia, para o voto majoritário, não cabem os benefícios da delação premiada e do perdão judicial em sede de ação de improbidade administrativa, mesmo por analogia, pois trata-se de institutos exclusivos da esfera penal. Por sua vez, no voto minoritário entendeu-se que, pela interpretação teleológica do ordenamento jurídico, as regras do direito penal alusivas à colaboração premiada devem ser entendidas para a esfera da improbidade administrativa. (TJDFT, 2014, n.p.)

Mais recentemente há doutrina lutando pela possibilidade de ampliação desses benefícios da colaboração, com a alegação de que se existem para a seara criminal, que é a mais grave, não haveria sentido que não houvesse em outros ramos do direito, como o cível e da improbidade.

Os entendimentos que se dizem há favor tem os seguintes argumentos: 1) Se a colaboração atinge a esfera penal, ou seja, a mais grave, porque não poderia atingir o menos. 2) Se é possível conceder o perdão ao crime, porque não também a esfera administrativa. 3) Até mesmo a analogia poderá ser utilizar nesse caso.

3.5 Valor probatório

Nem as medidas cautelares seja de bem ou de liberdade, tampouco a sentença, a denúncia ou a prisão podem ser apoiadas única e exclusivamente em um acordo de colaboração premiada, devendo sempre haver outras provas para que se fundamente uma condenação.

Em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, auto incriminando-se, é dotada de valor absoluto, não mais sendo considerada a rainha entre as provas (CPP, art. 197), o que dizer, então, da colaboração premiada? Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considerada, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probatórios. (LIMA, 2020, p. 889).

Este entendimento veio firmado também na Lei 12.850/13 no seu art. 4º, §16. Averiguando o juiz estar a colaboração de acordo com as demais provas, terá ele uma maior tranquilidade para julgar de maneira correta, mais sempre com extrema cautela já que o colaborador está vinculado diretamente ao caso e em seu depoimento pode se auto beneficiar não sendo totalmente honesto.

3.6 Procedimentos

Inicia-se com uma proposta, que pode partir do Ministério Público, do delegado ou do próprio réu.

Por força da redação do art. 3º-B, incluído pela Lei nº 13.964/2019, o início das negociações formais e sua confidencialidade, que poderão pronunciar ou não, a homologação do pedido de colaboração, ocorre com recebimento da proposta apresentada pela defesa ao celebrante (Delegado ou representante do Ministério Público), estabelecendo ainda o começo de três regras, obrigatoriamente, aceitas pelas partes: a) respeito ao sigilo (confidencialidade); b) estabelecimento da confiança entre as partes que deve abranger a fase das negociações; c) exigência de boa-fé. (BITTAR, 2020. p. 249).

A delação premiada, como qualquer outro acordo, começa com as partes negociando, observando as regras estabelecidas pela Lei e as garantias constitucionais do devido processo.

O sigilo começa no momento em que tem o recebimento da proposta de colaboração, antes de qualquer tratativa as partes, assinará o termo que deixará claro que todos ali presentes deverá manter o sigilo, e sofrerá consequências no caso de quebra.

No Brasil, o acordo deve ser preparado com a presença de advogado para sempre garantir os direitos do colaborador e evitar que ele sofra algum tipo de coerção. O art. 3º da Lei nº 12.850/13 diz que: "Em qualquer fase da persecução penal, serão

permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I- colaboração premiada [...]”. Outro artigo da mesma Lei também afirma que o instituto poderá ser feito em qualquer fase, §5º do art. 4º que cita a possibilidade do acordo após a sentença.

“A proposta poderá ser apresentada de forma oral ou escrita, recomendando-se está última por ser a que proporciona maior segurança ao delator.” (BITTAR, 2020, p. 250.)

O juiz não participa dos termos da colaboração premiada, assumindo um papel de mero supervisor dos requisitos legais, ficando as tratativas a cargo do colaborador, e do Ministério Público ou o Delegado de Polícia. Após as negociações, é indispensável a formalização do acordo para sua homologação, art. 6º da Lei nº 12.850/13:

O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário. (BRASIL, 2013, n.p.).

O magistrado deverá realizar audiência para ouvir o delator, analisando sempre a regularidade e a legalidade do acordo, sua voluntariedade, especialmente nos casos em que o colaborador esteve sob medidas cautelares, dentre outros aspectos na homologação, art. 4º §7º Lei nº 12.850/13.

Logo, se entender o juiz ser inadequado o acordo, poderá recusá-lo e pedir adequações necessárias para as partes conforme dispõe o art. 4º, §8º da supracitada Lei. O pedido de homologação do acordo seguirá conforme o artigo 7º da Lei nº 12.850/13.

4 COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

Prontamente, após uma inspeção da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessária algumas considerações em relação ao direito comparado, tomando por base a sua aplicabilidade no direito Espanhol, Italiano e nos Estados Unidos.

4.1 Na Espanha

Na Espanha a colaboração premiada tende a combater crimes correlacionados ao terrorismo e o tráfico de drogas.

A delação premiada foi introduzida na Espanha em 1988, através da Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, que incluiu uma figura premial (remissão parcial ou total da pena, de acordo com as circunstâncias) para os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça. (BITTAR, 2020, p. 80).

Vale ressaltar que o instituto se estendeu também a delitos associados ao tráfico de drogas, essa ampliação trouxe também alguns requisitos, sendo que um deles era a necessidade de confissão dos fatos de que o colaborador teria cometido a malfeitoria. Mais tarde veio uma alteração propiciada pela Lei Orgânica nº15, de 25 de novembro de 2003 que suspendeu a necessidade de confissão dos fatos. Tendo atualmente os seguintes requisitos:

a) abandono voluntario das atividades delitivas; b) colaboração ativa para (b.1) impedir a produção do delito, ou (b.2) obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações ou associações a que tenha pertencido ou colaborado. (BITTAR, 2020, p. 81).

Enquanto no Brasil, a colaboração premiada não pode ser utilizada como meio de prova e sim como meio de obtenção de prova, na Espanha, desde que observadas todas as garantias processuais (ATC 280/1989) atuará como prova.

Por conseguinte, identifica-se que o Brasil aderiu alguns pontos do instituto Espanhol.

4.2 Na Itália

Na Itália a colaboração premiada tem como objetivo combater os crimes de terrorismo, sendo inaugurada em meados da década de 1970, logo, recebeu mais notoriedade após a *operazione nani pulite* (operação mãos limpas) um dos mais profusos processos anticorrupção que tinha por objetivo lutar contra as máfias italianas que quase levou a Itália a falência. A operação foi um sucesso.

“Basta lembrar as declarações prestadas por Tommaso Buscetta ao Promotor italiano Giovanni Falcone, que golpearam duramente o crime organizado na península italiana.” (LIMA, 2020, p. 866).

Na Itália as leis são bem mais severas quando se trata de mafiosos. Enquanto um criminoso que comete crimes “comuns” pode receber até quatro visitas da família, o mafioso goza de apenas uma, havendo inclusive a redução nas suas horas de sol.

São tomadas diversas medidas para que esses mafiosos não continuem a comandar crimes ainda que detidos, nem mesmo os advogados entram na prisão com celulares, ainda que possua bloqueio de sinal, suas correspondências são abertas antes de serem entregues para passarem por uma minuciosa análise.

Segundo Bittar (2020) foi graças as confissões de Tommaso Buscetta que se ergueu o chamado maxiprocesso, que pela primeira vez, trouxe a condenação de muitos capimafia (chefes mafiosos). O jornal folha da época disse:

Foi Falcone quem convenceu um velho mafioso, Tommaso Buscetta, a romper o sagrado código de silêncio da organização. Também foi Falcone quem dirigiu os grandes julgamentos de meados dos anos 80, com centenas de mafiosos dentro de jaulas, no fundo de salas construídas especialmente para esse fim, em Palermo. Lá, centenas de criminosos foram sentenciados à prisão perpétua. (GUMBEL, 1997, n.p.).

Cosa Nostra é a organização criminosa mais antiga da Itália com o objetivo de agregar o maior poder possível.

“Durante muitos anos o grupo lucrou com a heroína, mas com o tempo esses ganhos diminuiram fazendo com que as máfias migrassem para outros setores. Uma das principais frentes da Cosa Nostra hoje é construção, principalmente as licitações”. (GHIRELLO, 2010, n.p.).

O código italiano assim como no Brasil, reivindica que as declarações dos colaboradores só valerem como prova caso haja outros elementos que atestem sua veracidade.

4.3 Estados Unidos

Nos EUA, a colaboração processual é denominada plea bargaining, e funciona basicamente como uma negociação pré-processual entre acusador (promotoria) e acusado. Surgiu em meados dos anos 60, a justiça americana na época enfrentava grandes problemas com a máfia, e seus associados se recusavam a colaborar com a justiça por medo de que seus familiares viessem sofrer algum tipo de retaliação.

Ergueu-se então, a ideia de oferecer alguns agrados a quem delatasse os parceiros do crime. A técnica foi um sucesso e fez com que muitos criminosos fossem levados à justiça.

O juiz federal Peter Messitte, do Distrito de Maryland, nos EUA visitou o Brasil em 2017 e em palestra trouxe algumas diferenças entre a colaboração premiada nos dois países.

Um das principais diferenças citadas por Messitte é a autonomia irrestrita do Departamento de Justiça - o Ministério Público norte-americano - ao propor acordos, inclusive com a possibilidade de não apresentar ação penal contra o delator. Já no Brasil, o MP é obrigado a apresentar denúncia, mesmo que para pedir perdão judicial. (GRILLO, 2017, n.p.).

Nos EUA as delações são consideradas provas porque antes mesmo de proporem o acordo eles já possuem de antemão outros instrumentos que prova a culpa do possível delator, enquanto no Brasil são entendidas meramente como meios de obtenção de prova, já que só a palavra do delator não é suficiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história desse instituto nos revela o quão importante é a colaboração premiada para o combate as grandes organizações criminosas, apesar de ser um mecanismo que causas diversas discussões, se mostrou bem eficaz.

A colaboração premiada foi muito importante também para outros países como a Itália por exemplo, que conseguiu punir com sucesso grandes mafiosos.

Diante disso, vimos que a colaboração premiada tem um papel importante como meio de obtenção de prova e tem sido muito utilizada contra a criminalidade. Este mecanismo foi de fato introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei de organizações criminosas, qual seja, a Lei nº 12.850/13.

Por ser um mecanismo que atenta contra grupos criminosos e faz com que eles quebrem regras bem severas do "tribunal do crime" colocando em risco suas vidas e de seus familiares, o aplicador do direito se viu "obrigado" a outorgar recompensas ao criminoso delator que de fato oferecesse informações importantes.

É considerável enfatizar que esse instituto não é a principal fonte de obtenção de prova, e sim um meio a mais, que anda ao lado de técnicas especiais, quais sejam as interceptações telefônicas, escuta ambiental, ação controlada e outros métodos habituais se necessários.

Como já dito, a delação é um instituto que traz grandes discussões sobre sua ética e moral, mas está caminhando fortemente a consagração já que a maioria da doutrina defende sua eficácia, indo contra a ideia de traição.

Posto isso, podemos dizer que este instituto tem grande importância na nossa sociedade, desmantelando grandes organizações bem estruturadas, sempre seguindo os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Walter Barbosa. **Direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Decreto 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 12.850**, 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 7.492**, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.034**, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.613**, de 03 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.423/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicado em 24/08/2001. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_bra_visit_1.6.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

G1. **Após ano de queda recorde, nº de assassinatos sobe 8% no Brasil nos dois primeiros meses de 2020**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/04/29/apos-ano-de-queda-recorde-no-de-assassinatos-sobe-8percent-no-brasil-nos-dois-primeiros-meses-de-2020.ghtml>>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. **Brasil tem alta de 4% no número de assassinatos nos primeiros nove meses do ano**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/11/19/brasil-tem-alta-de-4percent-no-numero-de-assassinatos-nos-primeiros-nove-meses-do-ano.ghtml>>. Acesso em: 209 set. 2020.

GHIRELLO, Mariana. Delação é arma da Justiça italiana contra a máfia. **Consultor Jurídico**. 16/05/2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-mai-16/delacao-premiada-arma-justica-italiana-expansao-mafia>>. Acesso em: 26 out. 2020.

GRILLO, Brenno. Juiz americano aponta diferenças entre delações no Brasil e nos EUA. **Consultor Jurídico**. 08/12/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/juiz-americano-aponta-diferencas-entre-delacoes-brasil-eua>>. Acesso em: 27 out. 2020.

GUMBEL, Andrew. Nova geração da Máfia ameaça a Itália. **Folha S.Paulo**. 11/05/1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft110515.htm#:~:text=Foi%20Falcone%20quem%20convenceu%20um,para%20esse%20fim%2C%20em%20Palermo>>. Acesso em: 25 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SOUZA, Hélio Pereira de. **Delação premiada**: aspectos jurídicos e a questão ética. Brasília: Academia Nacional de Polícia e Fundação Getúlio Vargas, 2008.

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Improbidade administrativa - delação premiada**. 2014. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>>

consultas/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-n-o-287/improbidade-administrativa-2013-delacao-premiada>. Acesso em: 15 out. 2020.

UM ESTUDO SOBRE A COMPETÊNCIA DE LANÇAR DECISÃO IRRECORRÍVEL EM FACE DE PREFEITO ORDENADOR DE DESPESAS NAS CONTAS DE CONVÊNIO

WELLINGTON CAMPOS PEREIRA:

Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

(Autor)

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR¹

(orientador)

RESUMO: O julgamento de contas de prefeitos municipais ordenadores de despesas fora recentemente tema de repercussão geral no supremo tribunal federal (STF), quando da análise do RE 848.826 que pacificou o entendimento de que a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas câmaras municipais, com o auxílio dos tribunais de contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores. Todavia, os tribunais de contas seguem avocando para si esta competência quando no julgamento de contas de convênio, tendo por ordenador, prefeito. Esta pesquisa de natureza qualitativa, de cunho jurisdicional e embasado bibliograficamente em juristas e teóricos do direito em sua demanda de responder, constitucionalmente, a quem caiba este julgamento de contas visa-se, assim, determinar quem deve julgar estas contas do executivo municipal, pela constitucionalidade que deve deter parâmetros capazes de coibir abusos e nulidades dos processos de julgamento de contas para efeitos do Art. 1º, inciso i, alínea "g", da lei complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela lei complementar 135, de 4 de junho de 2010.

Palavras-chave: Competência; Tribunal de Contas da União; Inelegibilidade; Câmara de Vereadores.

ABSTRACT: The judgment of the accounts of municipal mayors who ordered expenses was recently a matter of general repercussion in the Supreme Federal court (STF), when analyzing RE 848,826, which pacified the understanding that the assessment of the mayor's accounts, both those of the government and of the management, will be exercised by the municipal councils, with the assistance of the competent audit courts, whose prior opinion will only cease to prevail by decision of 2/3 of the councilors. However, the audit courts continue to claim this competence for themselves when judging the accounts of an

¹Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado militante nas áreas de Direito Civil Trabalho e Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamérica. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Professor de graduação e pós-graduação na área de Gestão Pública e Direito.

agreement, having the mayor as the authorizing officer. This qualitative research, of a jurisdictional nature and bibliographically based on jurists and legal theorists in their demand to respond, constitutionally, to whoever is responsible for this judgment of accounts, aims, thus, to determine who should judge these accounts of the municipal executive, by constitutionality that must contain parameters capable of curbing abuses and nullity of the processes of judgment of accounts for the purposes of Article 1, item i, subitem "g", of complementary law 64, of May 18, 1990, amended by complementary law 135, of June 4, 2010.

Keywords: Competence; Court Union accounts; Ineligibility; City Council.

Sumário: 1. Introdução. 2. Distinção entre condições de elegibilidades e as causas de inelegibilidade; 2.1. Condições de elegibilidade; 2.2. Causas de Inelegibilidade; 2.2.1. Inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso i, alínea "g" da lei complementar 64/1990; 3. O poder legislativo como juiz natural do poder executivo sob a égide da constituição federal; 4. Competência para lançar decisão irrecurável no julgamento de contas de convênio prestadas pelo ordenador prefeito; 5. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Recentemente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 848.826, o plenário do STF decidiu, por maioria de votos, que, para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, serão exercidas pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

Todavia, paira sobre as Cortes Eleitorais, dúvidas quanto a aplicação da inelegibilidade constante no art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, aos casos de contas de convênio tendo como ordenador de despesas o prefeito, julgadas atualmente pelo Tribunal de Contas.

Neste trabalho, busca-se elucidar tais questões, com base na interpretação dada pela suprema corte brasileira à aplicação da Lei da ficha limpa em face de prefeitos, bem como, fazer uma interpretação teleológica da Constituição quanto a competência dos Tribunais de Contas.

Ademais, o presente estudo tem o escopo de desenvolver uma análise quanto ao entendimento adotado pelas cortes eleitorais, em detrimento a interpretação da Carta Magna feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse trabalho, partiu-se dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais – fontes formais do direito – a fim de demonstrar a necessidade de aplicar aos casos de contas de convênio, quando o ordenador for o prefeito, a tese firmada no RE 848.826.

Ademais, serviu de base para sua elaboração: Artigos Científicos, Monografias e estudos aplicados.

Desta feita, tal investigação necessitou de uma observação qualitativa, do entendimento fixado pelas cortes de justiça em relação às demais fontes do direito. No entanto, objetivou-se a compreender os fundamentos que levaram a Suprema Corte a pacificar o entendimento de que os Tribunais de Contas não detêm competência para julgar contas de prefeito.

Com o julgamento do recurso *alhores* citado, o Supremo Tribunal Federal muda o entendimento e profere decisão entendendo por competente para julgar as contas de gestão, quando o prestador de contas for o Prefeito, a Câmara Municipal. Ocorre que tal decisão inaugura um novo entendimento e deixa uma lacuna sobre o órgão competente para julgar as contas de Convênio entre a União e o Município, se é do TCU ou Câmara Municipal, é sobre análises dessas questões que se propõe o presente trabalho.

Portanto, trata-se o presente artigo, de um estudo qualitativo feito quanto a competência do Tribunal de Contas da União em lançar decisões irrecorríveis face ao chefe do Poder Executivo Municipal em julgamento de prestação/tomada de contas de convênio, e a aplicabilidade do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64/90a esses casos.

DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADES E AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE

Preliminarmente, impera destacar que a capacidade eleitoral se materializa no direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e ser votado (capacidade eleitoral passiva), correspondendo também à cidadania ativa e cidadania passiva, respectivamente.

Sobre o que conceito de cidadão, pode-se afirmar que:

Cidadão é o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado. A rigor, basta a qualidade de eleitor, uma vez que o artigo 1º, § 3º, da Lei n.º 4.717/65 exige que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, seja feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda. (ZANELLA, p. 1070, 2018)

Manoel Gonçalves(2012) complementa que “por sua vez, a cidadania (em sentido estrito) é o *status* de nacional acrescido dos direitos políticos (*stricto sensu*), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto”.

Nesta senda, observa-se que a cidadania é o instrumento de materialização da Democracia em seu conceito mais básico, como sendo regime político de soberania popular.

Por outro lado, faz-se necessário a distinção entre condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, uma vez que ambas decorrem da Constituição Federal e atinjam o mesmo fim, não podem ser tratadas como sinônimos. Enquanto uma estabelece regramento geral à todos os cidadãos, a inelegibilidade atinge fidedigna e tão somente, àqueles que se enquadram nas vedações ou incorreram em condutas que extirparam àquele direito políticos antes, natural, ainda que por tempo determinado.

Alexandre de Moraes (2003) leciona que os Direitos Políticos “são direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania”.

Ademais, ensina ainda que:

Assim, para que alguém possa concorrer a um mandato eletivo, torna-se necessário que preencha certos requisitos gerais, denominados condições de elegibilidade, e não incida numa das inelegibilidades, que consistem em impedimentos à capacidade eleitoral passiva. (MORAES, p. 182).

Ato contínuo, Gilmar Mendes (2009) preconiza que “a exigência da plenitude de direitos políticos impõe que o nacional não esteja submetido às restrições decorrentes da suspensão ou da perda de direitos políticos (CF, art. 15)”.

Desta feita, a priori, conclui-se que as condições de elegibilidade, bem como, as causas de inelegibilidade compõem o gênero Direitos Políticos, todavia, possuem suas especialidades, que serão delineadas a seguir.

1 CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Conforme declara Gilmar Ferreira Mendes (2009) “a Constituição fixa as condições básicas de elegibilidade (art. 14, § 3º)”. Desta sorte, vislumbra-se que as condições de elegibilidade decorrem, exclusivamente, da Carta Magna. Portanto, os requisitos básicos são positivos, explícitos e não dão margens à interpretação, tampouco, cabe complemento por Lei.

A Constituição de 1988 passou a estabelecer as condições de elegibilidade, determinando quem possui capacidade para ser votado (capacidade passiva). Por outro lado, o regime adotado pela Lei maior impera a universalidade. Cumpre salientar, que o sufrágio está conectado umbilicalmente ao Estado democrático. Sendo assim, não deve ser adotado limitações de cunho político, econômico, social ou cultural. Posto isso, depreende-se da magna-carta que a capacidade eleitoral ativa é menos restrita que a capacidade eleitoral passiva em razão do sistema adotado. As condições de elegibilidade limitam-se apenas à capacidade eleitoral passiva.

José Afonso da Silva (2014) explica que “consiste, pois, a elegibilidade no direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo”. Complementa ainda quanto a necessidade de “que o eleitor preencha certos requisitos gerais, denominados condições de elegibilidade”.

Sumariamente, pode-se afirmar que são condições de elegibilidade são basicamente: Nacionalidade brasileira; Pleno exercício dos direitos políticos; Alistamento eleitoral; Domicílio eleitoral na circunscrição; Filiação partidária

Impera destacar que na capacidade eleitoral passiva, observar-se também o fato de que não pode incorrer nas hipóteses de inelegibilidade, o qual trataremos no item a seguir. Insta realçar ainda, como bem pontua Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck (2017) que “somente ilegibilidades relativas poderão ser acrescentadas por Lei complementar”.

2 CAUSAS DE INELEGIBILIDADE

São denominados pela doutrina como inelegibilidade absoluta: não alistável e os analfabetos. Nesta senda, observa-se que estes que são tidos como absolutamente inelegíveis são aqueles que a Constituição expressamente veda, enquanto os demais devem se enquadrar nas hipóteses intra e infraconstitucionais.

Manoel Gonçalves (2012) ensina que “diz-se então inelegível o cidadão que, embora esteja no pleno gozo dos direitos políticos, está impedido, por uma razão relevante, de postular temporariamente um determinado cargo eletivo”. Conclui ainda que a “inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos”.

Charles dos Santos Cabral Rocha e Rafael Tocantins Maltez (2014) definem com maestria o que é a inelegibilidade:

Inelegibilidade nada mais é do que uma causa de impedimento temporária ao pleno exercício dos direitos políticos negativos, ou

seja, ao direito de ser votado, ficando o cidadão, impossibilitado, por determinado período, de ser escolhido para ser ocupante de um cargo político eletivo. (p.18, 2014)

Esta definição aplica-se as inelegibilidades relativas, uma vez que dependem de condutas específicas para a subsunção do disposto em Lei. Destarte, impera sob o crivo eleitoral a presunção de inocência, sendo necessário garantir o contraditório e ampla defesa para sua efetiva aplicação.

Nesta senda, a Lei Complementar nº 64/1990 contempla um rol de condutas reprováveis e/ou ímprobas que refletem diretamente na elegibilidade do cidadão e seus direitos políticos.

Conforme mencionado superficialmente em linhas pretéritas, as ilegibilidades classificam-se em absolutas e relativas. Sobre a inelegibilidade absoluta Alexandre de Moraes pontifica:

A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. O indivíduo que se encontrar em uma das situações descritas pela Constituição Federal como de inelegibilidade absoluta não poderá concorrer a eleição alguma, ou seja, não poderá pleitear nenhum mandato eletivo. Refere-se, pois, à determinada característica da pessoa que pretende candidatar-se, e não ao pleito ou mesmo ao cargo pretendido." (p. 194, 2003)

Quanto as inelegibilidades relativas, José Afonso da Silva ilumina:

As inelegibilidades relativas constituem restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição, se encontre o cidadão. O relativamente inelegível é titular de elegibilidade, que, apenas, não pode ser exercida em relação a algum cargo ou função eletiva, mas o poderia relativamente a outros, exatamente por estar sujeito a um vínculo funcional, ou de parentesco ou de domicílio que inviabiliza sua candidatura na situação vinculada. (p. 393, 2014).

Portanto, pode-se afirmar que a distinção está na abrangência da inelegibilidade definindo em uma margem de escolha (relativa), e a outra, generalidade (absoluta). Sendo assim, ambas espécies limitam de certa forma a universalidade do sufrágio em consonância à Supremacia do Interesse Público.

2.1.1 Inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso i, alínea "g" da lei complementar 64/1990

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

O dispositivo acima transcrito foi extraído da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o qual faz expressa à inelegibilidade do agente público que incorrer na conduta descrita. Trazendo o dispositivo em comento à miúdos, percebe-se que são especificadas as características da conduta para aplicação da norma. Destarte, a fim de compreender melhor o disposto, passamos aos requisitos necessários para a subsunção fática.

Para clarear este estudo, com a palavra o Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro Mauro Pereira Martins:

O referido dispositivo estabelece a necessidade de quatro requisitos, a serem atendidos simultaneamente, para a caracterização da inelegibilidade de um candidato, quais sejam: (i) a decisão que rejeita as contas deveser proferida pelo órgão competente, (ii) esta decisão deve ser irrecorrível, (iii) a rejeição das contas deve ser em decorrência de ato de improbidade administrativa e (iv) esse ato deve ser doloso. (p. 239, 2012).

A priori, a discussão deste trabalho contorna exatamente sobre os dois primeiros requisitos, quais sejam: ser a decisão proferida por órgão competente e esta decisão ser irrecorrível. Oportunamente será elucidado as razões que levam o Tribunal de Contas não ser o órgão que exara decisão irrecorrível, apesar de possuir competência de decidir.

Quanto a rejeição de contas ser em decorrência de ato de improbidade administrativa gera um tremendo reboliço, tendo em vista que para a efetiva caracterização da conduta faz-se necessário a devida instrução do processo, respeitado as garantias constitucionais.

Ademais, em completude ao parágrafo anterior está a necessidade de demonstrar o dolo do agente, o que não é tarefa fácil tendo em vista sua subjetividade. Nesta senda, o dispositivo legal monta diversas armadilhas aos operadores do direito quando elaboradas sem precisão e objetividade.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as condutas e sanções aplicáveis aos agentes públicos que incorrerem em improbidade administrativa. Destarte, causa imensa dúvida: seria necessário condenação judicial por improbidade para aplicação do disposto na chamada Lei da Ficha Limpa? E mais, não configuraria *bis in idem* a aplicação concomitante das duas Leis?

A resposta para tais perguntas fica para outros estudos que busquem preencher a lacuna científica interposta. Neste artigo, restringe-se exclusivamente buscar solução jurídica para a definição de órgão competente para externar decisão recorrível em face do agente público quanto a rejeição das contas apresentadas por este em se tratando de ordenador de despesas, prefeito ainda que na gestão de convênios.

O PODER LEGISLATIVO COMO JUIZ NATURAL DO PODER EXECUTIVO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em sua obra “espírito das Leis”, balizada pelos pensamentos expostos nas obras de Aristóteles, *Montesquieu*, inaugura a figura da separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), idealizando ainda, o pensamento de funções típicas e atípicas de cada poder.

A forma encontrada para evitar a manutenção/surgimento de governos absolutistas, bem como, elaboração de normas tirânicas seria garantir a independência e harmonia dos poderes tendo como funções naturais: Legislativo – criar, modificar e complementar Leis, fiscalizar os demais poderes; Judiciário – julgar e aplicar as Leis; Executivo – administração do Estado.

Senda assim, nenhum dos poderes sobressai o outro, sendo: independentes e harmônicos, efetivando com isto, a separação dos poderes. Destarte, todos os poderes exercem a função moderadora simultaneamente ao outro, garantindo a paz e estabilidade em um Estado, inviabilizando a aplicação de pensamentos absolutistas, servindo basicamente de: freios e contrapesos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (vigente), preza pela autonomia e harmonia dos poderes. Desta feita, cada poder possui funções típicas, bem como, atípicas. Ao Poder Legislativo foi conferido o poder/dever de legislar, tendo como função atípica de fiscalização, apreciação e julgamento de contas do chefe do Executivo com auxílio do Tribunal de Contas.

Ocorre que, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida por Constituição Cidadã, buscou aprimoramentos nos mecanismos de fiscalização dos administradores públicos, com isso, ao Tribunal de Contas foram atribuídas novas funções e ampliando seu poder de atuação. Todavia, a ausência de especificação do que lhe caberia julgar originariamente, por muito, houve uma espécie de supervalorização das funções dos Tribunais de Contas.

A confusão interpretativa se dá em virtude do Art. 71, inciso II da Constituição Federal, o qual prevê a função de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Ademais, o inciso VI do dispositivo supramencionado, utiliza do imperativo: fiscalizar. Desta forma, não faz qualquer menção a julgar contas de convênio, sendo, portanto, uma interpretação teleológica *contra legem*, tendo a Constituição Federal atribuído ao Poder Legislativo o controle externo do Executivo, apenas a este cabe proferir decisão irrecorrível, contudo, respeitando as garantias constitucionais da ampla defesa e o contraditório.

Sendo assim, trata-se o Legislativo de Juiz Natural do julgamento de contas do chefe do executivo independente da origem do dinheiro, bens e valores públicos, importando neste caso, puramente, a natureza do cargo: chefe do poder executivo.

Cabe salientar que a aplicação do dispositivo constitucional supramencionado possui eficácia contida, uma vez que o art. 75 da Constituição Federal preconiza “as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, **no que couber**, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”, grifo nosso.

Sendo assim, aplica-se aos municípios o art. 31 da Carta Magna, não sendo cabendo aplicação do art. 71, inciso II, por força do acórdão do STF no RE 848.826:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EFICÁCIA SUJEITA AO CRIVO PARLAMENTAR. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA O JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO E DE GESTÃO. LEI COMPLEMENTAR 64/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 135/2010. INELEGIBILIDADE. DECISÃO IRRECORRÍVEL. ATRIBUIÇÃO DO LEGISLATIVO LOCAL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º). II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República ("checks and balances"). III - A Constituição Federal revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecorrível a que faz referência o art. 1º, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas. IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: "Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores". V - Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 848826, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

Ademais, a decisão é balizada pela Justiça Eleitoral. Vejamos:

[...] Julgamento da prestação de contas. Prefeito. Competência da câmara municipal [...] 1. À exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas pelo prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal, cabendo aos tribunais de contas tão somente a função de emitir parecer prévio, conforme o disposto no artigo 31 da Carta Magna [...]. (Ac. de 20.11.2012 no AgR-REspe nº 14540, rel. Min. Laurita Vaz.)

Contas - chefe do Poder Executivo. As contas do Chefe do Poder Executivo municipal são apreciadas pela Câmara de Vereadores." *NE*: Conforme jurisprudência firmada, a Câmara Municipal é competente para o julgamento das contas prestadas

pele prefeito na qualidade de gestor ou ordenador de despesas. (Ac. de 23.4.2013 no AgR-REspe nº 15478, rel. Min. Marco Aurélio; no mesmo sentido o Ac. de 5.3.2013 no AgR-REspe nº 3386, rel. Min. Marco Aurélio.)

[...]. Eleições 2012. Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade. [...]. Contas de prefeito. Ordenador de despesas. Julgamento. Competência. Câmara Municipal. [...]. 1. A ressalva da parte final do art. 1º, I, *g*, da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010, não afasta a competência da Câmara Municipal para apreciar as contas de prefeito, mesmo que este seja ordenador de despesas, tendo em vista a expressa disposição do art. 31 da Constituição Federal. Precedentes. [...] (Ac. de 25.10.2012 no AgR-REspe nº 7165, rel. Min. Nancy Andrichi; no mesmo sentido o Ac. de 23.10.2012 no AgR-REspe nº 60476, rel. Min. Nancy Andrichi e o Ac. de 23.10.2012 no AgR-REspe nº 6026, rel. Min. Nancy Andrichi.)

[...]. 1. Consoante precedentes desta Corte a competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo aos tribunais de contas a emissão de parecer prévio, inclusive quando examinados atos de ordenação de despesas. [...].

(Ac. de 23.11.2010 no AgR-RO nº 433457, rel. Min. Hamilton Carvalhido.)

[...]. Rejeição de contas. Inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, *g*, da Lei Complementar nº 64/90. Não caracterização. Ex-prefeito municipal. Prestação de contas que não foi julgada pela Câmara Municipal. Ausência de decisão do órgão competente. [...]. (Ac. de 11.11.2010 no AgR-RO nº 434234, rel. Min. Cármen Lúcia.)

Ademais, o próprio STF possui um entendimento que vigorava até então. *In verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - FUNDAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL. O fato de o provimento atacado mediante o extraordinário estar alicerçado em fundamentos estritamente legais e constitucionais não prejudica a apreciação do extraordinário. No campo interpretativo cumpre adotar posição que preserve a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guardião da Carta Política da República. INELEGIBILIDADE - PREFEITO - REJEIÇÃO DE CONTAS -

COMPETÊNCIA. Ao Poder Legislativo compete o julgamento das contas do Chefe do Executivo, considerados os três níveis - federal, estadual e municipal. O Tribunal de Contas exsurge como simples órgão auxiliar, atuando na esfera opinativa - inteligência dos artigos 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 25, 31, 49, inciso IX, 71 e 75, todos do corpo permanente da Carta de 1988. Autos conclusos para confecção do acórdão em 9 de novembro de 1995. (RE 132747, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENT VOL-01812-02 PP-00272)

Nesta senda, reproduzindo trecho do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski (2016) no julgamento do RE 848.826 pelo STF, "percebe-se que o juiz natural das contas do prefeito sempre será a Câmara Municipal, prestigiando-se, portanto, a democracia, a soberania popular, a independência e a autonomia do órgão legislativo local".

COMPETÊNCIA PARA LANÇAR DECISÃO IRRECORRÍVEL NO JULGAMENTO DE CONTAS DE CONVÊNIO PRESTADAS PELO ORDENADOR PREFEITO

A obrigação de prestar contas decorre dos princípios republicanos: dever de probidade e dever de transparência. Desta feita, torna-se imperioso a atuação de mecanismos de controle, visando evitar a malversação dos recursos públicos. Outrossim, é sabido que a Administração Pública é regida pelos "supraprincípios" da Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade do Interesse Público. Sendo assim, não basta entender que o Interesse Público é supremo, faz-se necessário elucidar que o administrador público não pode dispor de tal.

A importância da prestação de contas é tão grande que a sua ausência por quem deveria prestá-las configura ato de improbidade administrativa, por inteligência do Art. 11, VI, da Lei 8.429/92. O Art. 70, parágrafo único, do Constituição Federal dispõe que "prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária" (art. 70, parágrafo único, inserida pela EC n. 19/98).

Ademais, constata-se que o dever de prestar contas decorre dos princípios da publicidade, transparência e eficiência, uma vez que o gestor/administrador deve satisfação aos administrados sobre os dispêndios financeiros e atos da administração, o qual todo cidadão com poderes políticos em pleno gozo pode exercer o controle, exemplo disso é a Ação Popular prevista pela Lei 4.717/65.

No caso, a expressão cidadão é de melhor feição, já que o analisar e apreciar contas de um ente político são tarefas ligadas ao exercício da cidadania, expressão cujo valor é de maior efetividade e intensidade. Insta esclarecer que o Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 848.826, fixou a tese de que a opção do constituinte, foi a de destinar o julgamento de todas as contas à Câmara, em clara demonstração de respeito à relação de equilíbrio que deve necessariamente existir entre os Poderes da República, na sistemática de “*checks and balances*”. Não caberia, portanto, tal encargo aos técnicos dos Tribunais de Contas, que não são detentores de poder.

A competência do órgão legislativo para o julgamento não é determinada pela natureza das contas, se de gestão, de governo ou de convênio, mas pelo cargo de quem as presta, no caso, o de Prefeito Municipal. Destarte, percebe-se que o juiz natural das contas do prefeito sempre será a Câmara Municipal, prestigiando-se, portanto, a democracia, a soberania popular, a independência e a autonomia do órgão legislativo local.

Destaca-se, entretanto, que o caráter puramente político das Câmaras Municipais é amenizado, justamente, pelo exame do parecer prévio das contas por parte dos Tribunais de Contas. Observa-se que há, no caso, um balanço, muito prudente que foi elaborado pelo constituinte originário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos fundamentos transcorridos neste artigo, resta demonstrado a incompetência do Tribunal de Contas da União em lançar decisão irrecurável para fins de aplicação do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010 quando o ordenador tratar-se do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Nesse interim, destaca-se que a inelegibilidade contida no art. 1º, inciso I, alínea “g”, passou a ser instrumento de “afastabilidade” daqueles que, por assim dizer, incorreram em condutas incompatíveis com os princípios republicanos. Todavia, a legislação não deve desvirtuar-se do sentido literal em prol de “benefícios à sociedade”. Há de se perceber que a interpretação apartada da literalidade normativa causa abominações jurídicas como a tão controvertida Prisão em Segunda Instância – traçando apenas um paralelo fora do eixo.

Percebe-se pelo estudo feito que a jurisprudência sempre tendia a reconhecer a incompetência do Tribunal de Contas em julgar o chefe do poder executivo, todavia, como é mais comum o prefeito exercer a função de ordenador e talvez pela repercussão midiática, engolia-se seco quanto a aberração que transformou o Tribunal de Contas em poder moderador.

A independência e harmonia dos Poderes da República devem prevalecer, não sendo possível a criação de um poder moderador que foi extinto com as quedas da monarquia e das ditaduras estabelecidas em nossa nação. Desta feita, a fim de respeitar o "*due process of law*", há que se entender que o juiz natural para fiscalizar e julgar é inerente a outro poder em consonância ao sistema de freios e contrapesos que rege a harmonia dos poderes.

Por fim, vale relembrar que o Supremo Tribunal Federal consolidou a competência das Câmaras Municipais para julgar as Contas de Governo e de Gestão do Ordenador prefeito. Além do que, o dispositivo constitucional prevê apenas a fiscalização dos convênios firmados entre a união com estados e municípios, não cabendo julgamento por parte da corte de contas que não é detentora de poder.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito constitucional: teoria, prática, peças e modelos processuais**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. "Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências." Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21/05/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>.

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. "Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências". Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21/05/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 132747**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENT VOL-01812-02 PP-00272.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 848.826 RE**, Relator: Min. Luiz Roberto Barroso, julgado em 27/08/2015, Acórdão eletrônico, data de publicação dje 24/08/2017 - ATA Nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 23/08/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS. Mauro Pereira. A Nova Redação do Art. 1º, I, g, da LC 64/90: Requisitos para a Configuração da Inelegibilidade. In: **I Seminário de Direito Eleitoral: Temas Relevantes para as Eleições de 2012**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p. 239 – 246.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA. Charles dos Santos Cabral; MALTEZ. Rafael Tocantins. Inelegibilidades. In: **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 28, n. 42, p.17-28, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª Edição, São Paulo: Malheiros 2014.

O PAPEL DA MARCA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

TERCIO STRUTZEL: Possui graduação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Publicidade e Propaganda com ênfase em Criação. Extensão em Transformação Digital pela HSM / Singularity University. Especialização em Marketing Digital pela BSP – Business School São Paulo. Especialização em WebAnalytics pela Faculdade Impacta de Tecnologia. Extensão em Business Intelligence pela FMU. Extensão em Marketing Analítico pelo Insper. Sócio-fundador do escritório de Marketing Jurídico Strutzel & Longo. Criador do Portal Transformação Digital. Autor do livro “Presença Digital – Estratégias eficazes para posicionar sua marca pessoal ou corporativa na web”.

RESUMO: Em virtude das características ímpares a respeito do Marketing e Comunicação para os advogados o Capital Social se apresenta o ativo mais importante para os escritórios de Direito. Na construção desse ativo a Marca Jurídica desempenha um papel fundamental, já que é composta por atributos inerentes e concordantes com as premissas do Capital Social.

No setor contábil e até para algumas áreas de atuação do Direito, Capital Social é o valor que os sócios ou acionistas estabelecem para a empresa no momento da abertura. Mas este não é o único significado do termo que vou abordar aqui.

Definição de Capital Social a partir das redes de relacionamento

Segundo o antropólogo organizacional Ignacio García, da Universidade de Buenos Aires, o termo **Capital Social designa as redes de relacionamento baseadas na confiança, cooperação e inovação que são desenvolvidas pelos indivíduos dentro e fora de organizações, facilitando o acesso à informação e ao conhecimento.**

Como se sabe o ser humano é gregário e tende a formar grupos de interesses mútuos, isso vem acontecendo desde o início dos tempos. Com o crescimento dos ambientes urbanos nas últimas décadas e com a potencialização dos meios de comunicação através das novas tecnologias, estes grupos de interesse foram ficando cada vez maiores, mais específicos e mais conectados, independente da distância física.

A internet possibilitou que estes grupos se encontrassem online e formassem redes de relacionamentos que transcendem fronteiras e idiomas. Estas redes que se formam

tanto na sociedade em geral quanto entre empresas, podem possuir um caráter formal (determinadas pelos laços hierárquicos próprios do organograma formal), como também serem de natureza informal, envolvendo laços horizontais (entre pares) e diagonais (entre colaboradores de distintas áreas e organizações).

Dessa forma, o **Capital Social representa o valor implícito das conexões internas e externas de uma rede social, atribuindo um valor econômico a estas redes.** Na prática é fácil constatar como os contatos sociais e a maneira como estes se relacionam se tornam fatores de desenvolvimento econômico.

Ainda de acordo com Ignacio García, o **Capital Social é a amálgama que interconecta as várias formas do Capital Humano, criando o ativo intangível mais valioso das organizações: a redes humanas de trabalho, compartilhamento de informações e colaboração.** Este assunto é tão importante que muitas grandes empresas desenvolveram modelos de gestão estratégica do Capital Social para fortalecer e valorizar seus executivos.

Principais atributos e ativos da Marca Jurídica

Entendida a definição de Capital Social, resta explorar como ele pode ser criado e potencializado utilizando os atributos da **Marca Jurídica**. Ela é a principal responsável por gerar confiabilidade e reconhecimento; atrair negócios, talentos e alianças; promover a imagem corporativa e criar vantagem competitiva.

A marca tem o poder de traduzir a promessa de valores, mensagens e benefícios tangíveis ou intangíveis que os escritórios anunciam. A promessa de Marca é o que está sendo comunicado pela empresa. Em uma camada mais profunda, a Marca significa a percepção que o consumidor tem sobre a empresa, produtos e serviços. Além disso tudo, a Marca ainda é composta por ativos intangíveis, que também são chamados de atributos da Marca.

Posicionamento é um entendimento de oferta e imagem que define o espaço que a Marca vai ocupar na mente dos consumidores de um determinado mercado. Então o posicionamento de mercado é uma decisão estratégica que deve ser percebida pelo mercado e sustentada por uma vantagem competitiva relevante em relação à concorrência.

A **Reputação** pode ser definida pela percepção que o mercado desenvolve sobre uma Marca. É basicamente a somatória de opiniões, análises, percepções e expectativas que os diversos públicos internos e externos constroem e propagam no mercado.

O atributo **Identidade** diz respeito ao nome e à identificação gráfica de cores, formas e tipos de letras desse nome, ou seja, o logotipo.

Um **Propósito** nada mais é do que sua razão de existir. Por que sua marca precisa existir? Por que ela foi criada? Aqui podem entrar aquelas definições de Visão, Missão e Valores ou ainda a Proposta de Valor para o cliente ou o mercado.

Ter uma **Presença Digital** é se fazer presente através de conteúdos e ações relevantes e relacionamentos ativos nos canais digitais. Ela tem como objetivo criar pontos de contato entre a entidade e seu público.

Branding é o trabalho de construção e gestão de uma marca junto ao mercado e se realiza com ações internas e externas à empresa. É nesse trabalho onde são definidos o posicionamento e todos esses atributos listados até aqui, bem como outras estratégias específicas.

A **Marca Jurídica** ainda é composta por características inerentes à advocacia como a história do escritório e dos sócios, os quais têm um peso marcante na construção da Marca, pois transmite solidez e confiabilidade. Também as áreas de atuação e o grau de especialização compõe um fator importante nessa trajetória.

Relacionando a Marca Jurídica com o Capital Social

Ao analisar os atributos constituintes da Marca Jurídica é fácil notar que alguns deles estão diretamente conectados à definições específicas de Capital Social. Não que a Marca se preste unicamente a essa função. Na verdade, ela é muito mais ampla, no entanto neste artigo trataremos apenas do papel da Marca na construção do Capital Social. Então vamos “ligar os pontos” para compreender como a Marca Jurídica trabalha para consolidar o Capital Social.

Os conceitos de Posicionamento, Imagem e Reputação não são restritos apenas a empresas, marcas, produtos e serviços. Eles podem igualmente ser utilizados para pessoas e profissionais em busca de destaque no mercado. As técnicas e estratégias utilizadas são as mesmas, porém, aplicadas no âmbito do Marketing pessoal. Dessa forma esses atributos da Marca Jurídica contribuem para a construção do Capital Social Individual dos advogados. Em uma segunda instância a somatória desses ativos individuais irá consolidar o Capital Social do escritório como um todo

Outro ativo essencial nesse processo é o desenvolvimento do Capital Intelectual. Em tempos de mídias digitais amplamente acessíveis a máxima “Você é o que você compartilha” criada pelo professor e escritor Gil Giardelli destaca a importância da criação e compartilhamento de conteúdo. Os conceitos de conteúdo e o compartilhamento

conectados nessa sentença remetem à outro ativo essencial na construção do Capital Social, o relacionamento em redes.

Produzir conteúdo útil, relevante e de qualidade na forma de artigos, ensaios, pareceres, livros, palestras etc. é o motor que faz alavancar a presença digital de empresas e profissionais. Por outro lado, não basta apenas gerar conteúdo, é necessário saber compartilhar da forma correta e entre o público almejado. As diversas redes sociais disponíveis na web são as ferramentas ideais para isso, mas as técnicas e estratégias utilizadas é que definirão o sucesso dessa empreitada.

A consequência direta da valorização do Capital Intelectual é a otimização dos conceitos de Autoridade, Influência e Popularidade. Como já explanado anteriormente, a Autoridade se configura a partir do posicionamento como especialista em determinado assunto. Com isso ela gera um indivíduo formador de opinião, ou influenciador para usar um termo nativo dos ambientes digitais.

A amplificação dessa autoridade e influência através da Presença Digital automaticamente confere popularidade a esse autor. Note que tanto a autoridade quanto a popularidade não são métricas absolutas, ou seja, dependem de um contexto para serem mensuradas.

Praticando a construção do Capital Social no mercado Jurídico

Estes conceitos e atributos explorados até aqui são efetivamente consistentes e valem para todo e qualquer segmento profissional. No entanto o mercado jurídico possui particularidades que o diferenciam sobremaneira de todos os outros. Seja pelas regulamentações éticas, seja pela característica de atividade meio ou ainda pelas tradições formais, o Direito se configura como uma profissão ímpar. Onde alguns enxergam limitações, outros identificam oportunidades.

Ainda sobre a construção do Capital Social da banca jurídica, podemos identificar elementos próprios desse setor que se mostram eficazes nessa missão. Uma dessas práticas é a participação em Entidades de Classe, tais como associações diversas ou a própria Ordem dos Advogados. Essa proatividade demonstra o interesse do advogado em contribuir para a sua classe, possibilita a obtenção de informações privilegiadas do setor e a construção de redes de relacionamento diversificadas e de alta qualidade.

Outro canal típico do mercado jurídico que pode ser utilizado na efetivação do Capital Social são as Publicações e Anuários Jurídicos. Por serem elaborados a partir de pesquisas de mercado, esses relatórios dirigidos e rankings mercadológicos representam uma chancela oficial da Autoridade e Influência do operador do Direito e dos escritórios

listados. Dessa forma, ter o escritório ou profissional listado em veículos como Chambers and Partners, Legal 500, Martindale, Legal 500, Latin Lawyer, Who's Who Legal, Análise Advocacia 500, Jeffrey's Henry International, Thomson Reuters, Bloomberg e IFLR 1000 é um ativo de Capital Social de altíssimo valor.

E como estamos falando de redes de relacionamento e canais digitais, é inevitável citar as plataformas de Redes Sociais, sobretudo o LinkedIn. Esta rede tem recursos para reunir todos os conceitos e práticas descritos até aqui. O perfil completo do usuário contempla as experiências, habilidades e realizações ao longo de sua carreira. A seção Rede organiza todo o ativo de conexões pessoais acumuladas e permite o gerenciamento destes contatos sob diversos critérios. A ferramenta de publicação é o local para compartilhamento do capital intelectual para criar Autoridade. E por fim, as áreas de Grupos e Empresas permitem a aproximação e interação com milhares de outros profissionais de todos os setores.

A missão fundamental do Marketing Jurídico é dotar a advocacia de uma visão de negócios. Nessa missão a disciplina se vale principalmente da construção de uma Marca Jurídica forte e do capital Social. Conforme demonstrado nesse artigo, ambos os conceitos macro estão intrinsecamente conectados e proporcionam técnicas e práticas eficazes nessa construção. Sua aplicação sistemática e planejada é o caminho definitivo para desenvolver escritórios de advocacia sustentáveis e lucrativos.

AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

CARLA VIVIANE LAUDARES:
bacharelada em Direito pelo
Centro universitário UNA

RESUMO: A investigação preliminar de infrações penais no Brasil se dá na fase inquisitorial, ou pré-processual através de um instrumento chamado inquérito policial. No entanto, há casos de investigação que não necessitam da instauração desse instrumento. Ocorre que uma vez instaurado é através do inquérito onde se começa a persecução de elementos informativos que podem ter grande influência dentro do processo penal propriamente dito. Portanto, por mais que é sabido que eventuais irregularidades no inquérito não atingem o processo, pode ser que determinadas práticas conduzidas nesse momento podem desembocar de forma veemente na ação penal. Por isso, instrumentos, institutos e princípios afetos a instrução criminal devem merecer atenção na fase inquisitorial, como exemplos, o contraditório e ampla defesa. Pois, através da aplicabilidade desses dois princípios, aquele “perseguido” pelo Estado, terá seus direitos e garantias resguardados de qualquer arbítrio daquele que atuará exercendo o seu direito de punir.

Palavras-chave: ampla defesa, contraditório, princípios, inquérito policial, investigação.

ABSTRACT: The preliminary investigation of criminal offenses in Brazil takes place in the inquisitorial phase, or pre-procedural through an instrument called a police inquiry. However, there are cases of investigation that do not require the introduction of this instrument. It so happens that once it is instituted, it is through the investigation where the pursuit of informational elements that can have great influence within the criminal process itself begins. Therefore, as much as it is known that any irregularities in the investigation do not affect the process, it may be that certain practices conducted at that time may result in a vehement form in criminal action. For this reason, instruments, institutes and principles related to criminal instruction must deserve attention in the inquisitorial phase, as examples, the contradictory and broad defense. Because, through the applicability of these two principles, the one “persecuted” by the State, will have his rights and guarantees protected from any arbitration of the one who will act by exercising his right to punish.

Key-words: broad defense, contradictory, principles, police inquiry, investigation.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo penal é conhecido por muitos como a garantia das garantias. Isso se

deve ao fato de que ter um diploma no ordenamento jurídico pátrio disciplinando como deve discorrer o processo daqueles que respondem na seara criminal é uma forma de limitar os abusos que possam advir do Estado, detentor do *Ius Puniendi* (direito de punir).

Nessa esteira, importante destacar que vários institutos jurídicos e princípios são encarregados de fazer valer a pena essas garantias, ou seja, esses direitos. Dentre eles, pode-se destacar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Trata-se, pois, de dois princípios, mas que são tratados e disciplinados quase que concomitantemente a todo momento, pois estão embrionariamente coligados. São princípios fortemente ligados no plano fático.

Ademais, sabe-se que a persecução penal no ordenamento jurídico pátrio é formada por uma fase pré-processual, também chamada de fase inquisitorial, ou simplesmente fase de inquérito. E uma outra parte processual; que é o processo propriamente dito. Isto é, trata-se da ação penal. A parte afeta a esse artigo é a primeira das supracitadas, ou seja, a fase do inquérito policial.

Isso pois, nessa fase há uma grande celeuma tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação e ou ocorrência do contraditório e da ampla defesa nesse momento. Vozes entendem que sim, e vozes entendem que não. Há uma curiosidade a ressaltar é que ambas as correntes têm fortes pesos na aplicação do direito. Para aqueles que entendem que não, se deve ao fato de que tais princípios cabem apenas em sede de ação penal, perante juízo. Para os que entendem que sim, pois, assim o fazem pois destacam a função de filtro processual existente no inquérito policial, e a possibilidade de um contraditório diferido.

Nesta senda, cumpre-se evidente esclarecer, pois, a possibilidade da aplicação desses princípios, que inclusive guardam matiz constitucional apregoada no artigo 5º da CRFB de 1988, e se a observância dos mesmos devem atingir a toda persecução penal e não tão somente quando o indivíduo, garantidor de direitos e obrigações, tiver sua responsabilidade na esfera criminal atraída. Ou seja, já em sede de ação penal respondendo criminalmente.

2. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRA: O INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial está situado na fase pré-processual da persecução penal. Dito isso, cumpre esclarecer que trata-se de uma fase que, *a priori*, ocorre investigações para a busca da materialidade e autoria de uma determinada infração penal. Segundo Aury Lopes Jr:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter

prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo (Jr, Aury Lopes, 2020, p. 181)

Nesta senda, havendo uma notícia-crime, inicia-se a fase de investigação que pode ou não ter a instauração de um inquérito policial, que será presidido por uma autoridade policial. Segundo Eugênio Pacelli:

O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP).

Corroborando e consolidando o entendimento de que se trata de um instrumento com características próprias, pertencente a fase pré-processual, que precipuamente apura as mais variadas infrações penais típicas no ordenamento jurídico pátrio, buscando alcançar elementos informativos de prova que vão influenciar a ação penal.

3.FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

Importante esclarecer que o inquérito foi mantido pelo legislador em 1941, e até hoje vigora, pois, guarda-se funções precípuas que devem anteceder ao processo penal, propriamente dito. Conforme o escólio de Aury Lopes Jr³, o fundamento da existência do inquérito se manifesta da seguinte forma, senão vejamos:

- *Busca do fato oculto:* o crime, na maior parte dos casos, é total ou parcialmente oculto e precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (fumus commissi delicti) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.
- *Função simbólica:* a visibilidade da atuação estatal investigatória contribui, no plano simbólico, para o restabelecimento da normalidade social abalada pelo crime, afastando o sentimento de impunidade
- *Filtro processual:* a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa. O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem

processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente *fumus commissi delicti*.

Dito isso, cumpre dizer que as razões de ser do inquérito policial ainda se fazem necessárias hodiernamente, haja vista a importância dessa fase antecedente ao processo, inclusive como forma de garantia daqueles que terão os tentáculos do Estado lançados contra si, pelo cometimento de uma suposta infração penal. O Inquérito Policial guarda, funções que vão desde dentro do processo, até mesmo funções que se reflete no grupo social.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

É o procedimento administrativo conduzido por uma autoridade policial, mas não se trata de um processo judicial uma vez que ele não impõe sanções (BRASILEIRO, 2020). Sendo assim, o Inquérito policial se perfaz de natureza administrativa sem aplicação de sanções, com cunho apenas investigativo.

Nessa fase processual ainda não se fala em acusado, porque no inquérito não há acusação. Ainda, mesmo não seguindo uma ordem, é indispensável que o inquérito tenha uma sequência lógica desde sua instauração até a conclusão.

Por ser uma peça informativa, o seu processo de origem não será considerado nulo caso seja contaminado por algum vício dessa peça (BRASILEIRO, 2020). Ou seja, é possível que constem da investigação policial elementos de informação que não foram contaminados. Mas, vale ressaltar que tal prova não pode violar as normas do direito material.

3.2 FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito é o meio pelo qual a polícia investiga as infrações e suas autorias. Para se iniciar um processo criminal contra alguém tem que se ter o mínimo a probabilidade e a possibilidade do cometimento do ato.

Sua finalidade é servir de base à ação penal, uma peça usada pelo estado para coletar informação e iniciar uma ação com um motivo válido, justamente para não se submeter pessoas inocentes a um processo cansativo e desnecessário de todo um processo criminal (BRASILEIRO, 2020).

Todos os elementos de informações coletadas durante as investigações policiais são fundamentais para sua formação. Assim, as medidas cautelares são serão determinadas, se tiver no mínimo um elemento quanto à materialidade e autoria do delito.

a) elementos informativos: são as diligências documentadas na fase investigatória, sem a obrigação do contraditório e da defesa, visto que ainda não se fala em acusação, pois só esses elementos não são suficientes para fundamentar uma possível condenação.

“Art. 155 (CPP) O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

b) prova: É o elemento pelo qual se busca estabelecer sua convicção da verdade. À vista disso, tem um amplo valor probatório. Em um processo, esse elemento se faz necessário a colaboração das partes, sob o princípio do contraditório e da ampla defesa. Sendo necessária, portanto, a produção de mais alguns elementos.

4. NOTITIA CRIMINIS

São diversas as formas que a autoridade policial pode tomar conhecimento da prática de um fato delituoso, isto é, um crime. De uma maneira geral denomina-se esse evento como *notitia criminis*, ou seja, a notícia de um crime. Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr:

O inquérito policial tem sua origem na notitia criminis ou mesmo na atividade de ofício dos órgãos encarregados da segurança pública. Formalmente, o IP inicia com um ato administrativo do delegado de polícia, que determina a sua instauração através de uma portaria. Sem embargo, a relevância está no ato que dá causa à portaria, que, em última análise, carece de importância jurídica. Por isso, dispõe o art. 5º do CPP que o IP será iniciado. (Jr, Aury Lopes, 2020, p. 234)

Vale salientar nesse sentido as palavras de Eugênio Pacelli (2020, p. 96) *“A notícia do crime, pode ser oferecida por qualquer pessoa do povo e, pode ter início a partir do próprio conhecimento pessoal do fato pela autoridade policial (art. 5º, § 3º, CPP)”*. Portanto, seja por qualquer do povo, seja pelo conhecimento pessoal da própria autoridade policial, o inquérito pode ser instaurado para a busca da autoria e materialidade de um determinado fato delituoso.

Diante disso, verifica-se que uma das formas mais comuns pelas quais o inquérito policial se inicia é pela *notitia criminis*. Esta pode ser qualificada também chamada de

cognição mediata, inqualificada também denominada de cognição imediata ou de cognição coercitiva.

Importante as lições de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 119) a respeito da *notitia criminis* de cognição coercitiva, senão vejamos *“embora parte da doutrina denomine essa forma de notitia criminis de coercitiva, não deixa ela de ser uma maneira indireta de a autoridade policial tomar conhecimento da prática de uma infração penal”*.

A *notitia criminis* de cognição imediata ou cognição direta se dá nos casos em que em uma determinada jurisdição ocorre um fato delituoso e a autoridade policial deve, de ofício, instaurar um inquérito, no sentido de buscar a autoria e materialidade do delito. Para Aragonese Alonso, citada por Aury Lopes Jr (2020, p. 234) *“a chamada cognição direta pode surgir: por informação reservada; em virtude da situação de flagrância; por meio da voz pública; e através da notoriedade do fato”*.

Ainda na esteira da cognição imediata importante frisar que quase sempre a polícia judiciária atua mediante reação de uma *notitia criminis*. Com as palavras de Aury Lopes Júnior (2020, p. 234) *“na realidade, excetuando-se o flagrante, são raros os casos de self-starter da polícia, que em geral só atua mediante invocação.”* Assim, portanto, no ordenamento jurídico pátrio se perfaz a *notitia criminis* de cognição imediata ou direta.

Noutro giro, a *notitia criminis* de cognição mediata ou qualificada tem sua condição especial, pois é aquela que ocorre por vias formais, mediante expediente. Isto é, ocorre de forma provocada. O Delegado de polícia toma conhecimento do fato delituoso por meio de comunicação oficial e escrita. Os sujeitos que podem levar essa *notitia criminis* até a autoridade policial, são, em suma: autoridade judicial, membros do *parquet*, vítima através de requerimento ou até mesmo por seus legítimos representantes e, por fim, o Ministro da Justiça, através de requisição.

4.1 NOTITIA CRIMINIS APÓCRIFA

Um dos pontos mais sensíveis em torno desse assunto é sobre a *notitia criminis* apócrifa, ou, em outras palavras, denúncia anônima. É de vasto conhecimento que no artigo 5º, IV, da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988 apregoa ser *“livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*.

Mas, diante da cláusula de matiz constitucional que veda o anonimato importante são as lições trazidas sob o escólio de Eugênio Pacelli:

a Suprema Corte teve oportunidade de ressaltar a impossibilidade de instauração de persecução criminal – leia-se, inquérito policial ou procedimento investigatório – com base unicamente em *notitia criminis* apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido

produzido pelo acusado (segundo a acusação), ou constituir o próprio corpo de delito (PACELLI, 2020, p. 96).

Nesta senda, na seara processual criminal, especificamente em sede de fase preliminar a denúncia apócrifa tem sua validade. O que se quer dizer é que a denúncia anônima corroborada com outras evidências pode dar ensejo a instauração de um inquérito policial para a apuração de autoria e materialidade de um fato criminoso.

Eugênio Pacelli (2020, p. 96,97) aduz que *“O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o assunto conforme se vê no julgamento do HC nº 44.649/SP e, também, do HC nº 106040/SP”*:

“Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente STJ” (HC nº 44.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 8.10.2007). “Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados. (Inteligência do artigo 4º, § 3º, CPP)” (HC nº 106040/SP, Rel. Min. Jane Silva – Desemb. Convocada do TJ/MG, 6ª Turma, DJ de 8.9.2008).

Todavia, vale dizer que a questão não é tão simples assim, pois a denúncia anônima acaba sendo um instrumento que permite aos que realizam uma *notitia criminis* se sentirem mais protegidos e, assim, evitar represálias de criminosos. Portanto, fica a máxima, que embora seja legítima e permitida, será com reservas a serem observadas a cada caso concreto.

Por fim, ressalta-se que a denúncia anônima não pode dar ensejo a instauração de um inquérito policial e, tampouco, de uma ação penal. Para Eugênio Pacelli:

A chamada delação anônima, com efeito, não pode ser submetida a critérios rígidos e abstratos de interpretação. O único dado objetivo que se pode extrair dela é a vedação à instauração de ação penal com base, unicamente, em documento apócrifo. E isso porque, de fato, faltaria justa causa à ação, diante da impossibilidade, demonstrada a priori, da indicação do material probatório a ser desenvolvido no curso da ação (PACELLI, 2020, p. 97).

Nesta senda, permite inferir-se que a denúncia apócrifa, por si só, não enseja a instauração de um inquérito policial. Contudo, quando esta acostada com outros elementos informativos extraídos na verificação de procedência preliminar, pode perfeitamente subsistir. Isto é, não é porque é anônima a denúncia que a mesma é totalmente vedada no ordenamento jurídico pátrio.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSIGNIFICÂNCIA E DELEGADO DE POLÍCIA

Conforme Renato Brasileiro Lima o inquérito policial é:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova¹ e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (BRASILEIRO, Renato, 2020, p. 173).

O inquérito policial é instrumento existente na fase pré-processual que no ordenamento jurídico pátrio corresponde a investigação criminal preliminar. Esta investigação é realizada pela autoridade policial na busca de elementos informativos de prova, que além de auxiliar na *opinio delicti* do titular da ação penal pública, poderá influenciar sobremaneira na própria ação penal.

A priori, cumpre esclarecer que por força do artigo 4º do Código de Processo Penal são as polícias judiciárias as responsáveis pela condução do inquérito policial. Como se segue pela redação expressa do diploma processual penal brasileiro “*A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria*” (CPP).

Nessa esteira, para maiores clarezas evidencia-se os ensinamentos de Eugênio Pacelli

Como a regra é a iniciativa (legitimação ativa) da ação penal a cargo do Estado, também a fase pré processual da persecução penal, nos crimes comuns, é atribuída a órgãos estatais, competindo às autoridades administrativas, excepcionalmente, quando expressamente autorizadas por lei e no exercício de suas funções, e à Polícia Judiciária, como regra, o esclarecimento das infrações penais (PACELLI, 2020, p. 95).

Dito isto, evidenciado fica que, precipuamente, é o órgão Polícia Judiciária a responsável pela condução e por presidir o inquérito policial, porém, nada obstante a outras formas de investigações preliminares no ordenamento jurídico pátrio.

Até o presente momento fica evidenciado que a autoridade policial é a responsável pela condução do inquérito. Vale dizer também que se trata de atividade discricionária desta autoridade de como decidir os rumos de determinada investigação conforme o caso em concreto.

Nesta senda, importante trazer à baila que com o advento da Lei nº 12.830/2013 que trata da condução criminal feita pelo Delegado de Polícia, veda a remoção arbitrária do Delegado do caso. Nessa esteira as lições de Eugênio Pacelli quando assevera que:

Importante alteração trazida pela Lei nº 12.830/13 diz respeito à impossibilidade de remoção arbitrária do Delegado de Polícia, o que confere maior transparência e segurança à atividade de investigação. Assim, somente por ato fundamentado e por necessidade de serviço, observadas as regras da impessoalidade, é que se poderá alterar o exercício das funções do Delegado de Polícia. De igual modo, exigirse-á também fundamentação específica para a avocação de investigação pelos órgãos superiores da instituição, tudo conforme o disposto no art. 2º, § 4º, Lei nº 12.830/13 (PACELLI, 2020, p. 95, 96).

Dito isso, resta evidente a importância de maiores atribuições a cargo das autoridades policiais, sejam de níveis estaduais ou federais, principalmente no que confere a desnecessidade de instauração de um inquérito, nos casos onde se mostra evidente a não continuidade desse instrumento.

Portanto, remonta-se aquela hipótese sóbria de que sim o delegado pode aplicar o princípio da insignificância por ser o primeiro a fazer a análise técnico-jurídica da tipicidade do fato, e além do que, isso gera vários outros saldos positivos para o Estado como, por exemplo, a economia processual.

6. VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

O valor probatório no inquérito policial será puramente relativo. Mesmo servindo como base para instruir e amparar uma possível condenação, em si mesmo não serve para se manter uma condenação.

Seu valor poderá demonstrar a presença de indícios de autoria e a certeza da materialidade do crime para justificar o recebimento ou não da ação. Tudo isso será de suma importância para que o Juiz forme o seu convencimento.

Art. 155. *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Vale destacar que para formar-se seu total convencimento o juiz dentro dos parâmetros impostos por Lei poderá de ofício pedir novas provas.

Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício*

I – *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.*

Nesta senda, importante apontamento de Aury Lopes Jr:

É fundamental compreender que a garantia da jurisdicionalidade assegura o direito de ser julgado com base na prova produzida no processo, à luz do contraditório e perante o juiz competente. Excepcionalmente, as provas técnicas, irrepetíveis, produzidas no inquérito (exame de corpo de delito, necrópsia etc.) serão submetidas a contraditório posterior, não sendo repetidas por absoluta impossibilidade. (LOPES, 2020, p. 273)

Portanto, o modelo brasileiro finalmente consagra a exclusão física dos autos do inquérito, que não poderão ser juntados ao processo, exceto nos casos estabelecidos na lei.

7. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Advindos do princípio do devido processo legal, os princípios do contraditório e da ampla defesa são no ordenamento jurídico pátrio, máximas a serem observadas obrigatoriamente durante todo o decurso da ação penal. Mas, sabe-se que a persecução penal, maior que aquela, abrange também uma fase preliminar ou também chamada fase de inquérito, investigativa, inquisitiva.

Na fase de inquérito, supracitada alhures, tem-se como finalidade precípua a investigação para apuração de autoria e materialidade quando da ocorrência de uma conduta delituosa. Nesta senda, há vozes na doutrina que entendem que nessa fase não se faz necessária a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, há outra parcela da doutrina buscando fundamentar juridicamente a obrigatoriedade da observância dos princípios supracitados mesmo na fase investigativa. Mas, antes de entrar nessa celeuma importante conceituar o que é contraditório. Para Aury Lopes Jr:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (JR, Aury Lopes, 2020, p. 145)

Nesse sentido, para o referido autor o direito ao contraditório se revela imprescindível para a própria estrutura do processo, sendo inegável sua observância e aplicação para a existência do mesmo. E é por isso que, para o autor o ato de contradizer está intimamente ligado ao princípio 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 (JR, Lopes, 2020, p. 145).

Noutro giro, há de se falar também que a autoridade judicial deve dar as partes (autor e acusado) o direito ao contraditório, para que se construa uma dialética dentro do processo, sob pena de imparcialidade. Nesse íterim as palavras de Aury Lopes Jr, 2020, p. 145

“O juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido”.

Diante de tudo exposto, resta evidente a importância que tal princípio perfaz no ordenamento jurídico pátrio, principalmente sob a ótica do Direito Processual. Nesse sentido, são as palavras de Guasp:

Não só é um eficaz instrumento técnico que utiliza o direito para obter a descoberta dos fatos relevantes para o processo, senão que se trata de verdadeira exigência de justiça que nenhum sistema de Administração de Justiça pode omitir. É autêntica prescrição do direito natural, dotada de inevitável conteúdo imperativo. Talvez seja o princípio de direito natural mais característico, entre todos os que fazem referência à Administração da Justiça. (Guasp, 1996, p 182)

Noutro giro, mas ainda nessa esteira o direito de defesa, ou ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório, mas com ele não se confunde. Pelo menos não no plano teórico. Na verdade, para se ter o direito de defesa, há de se ter em momento anterior a possibilidade de contradizer, isto é, de exercer o direito ao contraditório.

Nesse sentido, é o escólio de Ada Pellegrini, senão vejamos:

defesa e contraditório estão indissolvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (PELLEGRINI, 1992, p. 63).

Portanto, para a aclamada doutrinadora o contraditório dá vida ao direito de defesa, e este dar fundamento que vai garantir o contraditório. Não, por isso, o contraditório e a ampla defesa são normas-princípios com viés de matiz constitucional. São assegurados, portanto, pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988, senão vejamos:

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.

Ainda na esteira sobre o direito de defesa, há algumas questões que merecem ser mencionadas tendo em vista o objeto desse trabalho, sendo elas; defesa técnica e pessoal. E esta ainda sendo positiva ou negativa.

I – Defesa Técnica

A defesa técnica de maneira sucinta é aquela realizada pelo patrono, isto é, a pessoa do advogado. Este que possui o conhecimento acerca do direito e do processo. Explica Fenech (1960, p.458) que “a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas

em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos”.

A justificação maior para a defesa técnica é sem dúvidas a de que o sujeito passivo frente o aparato estatal não possui condições de igualdade (paridade) e conhecimentos suficientes ou mesmo que mínimos para se defender (Jr, Aury Lopes, 2020).

Para Foschini:

a defesa técnica é uma exigência da sociedade, porque o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal (FOSCHINI, p.27)

II – Defesa Pessoal: Positiva e Negativa

Juntamente da defesa técnica, supracitada alhures, existem também atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal (Jr, Aury Lopes, 2020, p. 150).

Nesse sentido, importante destacar que há atuações do sujeito passivo, seja ele acusado, indiciado, suspeito de agir contra a vontade da formação probatório estatal. Como, por exemplo, no interrogatório, reconstituição dos fatos, entre outros.

Importante destacar sobre esse assunto os ensinamentos trazidos por Aury Lopes Jr:

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa (JR, Aury Lopes, 2020, p. 150).

E, ainda, nas lições trazidas pelo ilustro doutrinador, vale os apontamentos a respeito da autodefesa negativa, senão vejamos:

Também a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional (JR, Aury Lopes, 2020, p.150)

Nesta senda, resta claro que a autodefesa tem dupla performance, sendo ora positiva, ora negativa. Contudo, em ambos os casos, importante salientar, que o sujeito ativo atuará legitimado para o efetivo exercício de seu direito de defesa, ou em termos mais abrangentes, ampla defesa.

Noutro giro, mas ainda no mesmo contexto, convém falar sobre a defesa pessoal negativa que guarda laços com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de autoincriminação, de não produzir provas contra si mesmo.

Ademais, a defesa pessoal negativa ganha maiores contornos e grande relevância no ato do interrogatório, hoje considera, por primazia, um ato de defesa. Nesse sentido, são os grandes ensinamentos do mestre Aury Lopes Jr:

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

Portanto, resta evidente que o direito de defesa tem várias nuances e performances dentro do ordenamento processual brasileiro corroborando para um efetivo e justo sistema processual penal.

8. APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

A *priori*, cumpre destacar que há uma transversalidade na doutrina sobre a impossibilidade de aplicação do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, isto é, na fase investigativa. Todavia, essa afirmação quase que comum, está equivocada.

Hodiernamente, há vários atos e atuações que o investigado/indiciado pode realizar ainda na fase de inquérito. Nessa exemplificação, colacionamos a brilhante explanação de Aury Lopes Jr, senão vejamos:

Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP) e apresentar razões (defesa escrita e outras alegações defensivas), nos termos da Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI. Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança (JR, Aury Lopes, 2020, p. 294)

Nesta senda, resta flagrante evidenciado que são muitas as performances que o investigado pode lançar mão para o exercício de sua defesa ainda em sede de inquérito policial diante do Delegado de Polícia.

Diante disso, cumpre esclarecer que não se trata de ampla defesa propriamente dita, e sim, defesa pessoal e técnica com alcance limitado (JR, Aury Lopes, 2020). Toma-se nota também de que o contraditório também pode ser exercido com alcance limitado, o contraditório diferido. E que por essa razão deve ser somente potencializada essa garantia.

Ademais, vale registrar o artigo 5º, LV, da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988 que aduz *“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”*.

Vale salientar que a grande celeuma em torno dessa discussão nasce desse artigo por interpretações equivocadas de terminologia. Para Aury Lopes Jr:

A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento” (JR, Aury Lopes, 2020. p. 294)

Nota-se, portanto, que as vozes na doutrina que aceitam a não aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa em fase de inquérito policial o justificam, pois, o supracitado artigo da Carta Maior falou em “processo administrativo” e não em “procedimento administrativo”. Importante salientar essa passagem, pois, o inquérito é um procedimento e possui natureza administrativa.

E ainda defende o ilustre doutrinador (Aury Lopes, 2020, p. 294) que tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Isso porque quando a Carta Maior usa somente a expressão acusados, quis dar a essa terminologia interpretação ampla. Assim, comportando também o indiciado. Ou seja, o sujeito que figura justamente na fase de inquérito, respondendo a esse.

Noutro modo, quando ao contraditório há de se observar que na fase de inquérito esse revela primariamente como direito de informação. Esclarecedoras são as palavras de Aury Lopes Jr:

Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

Ainda nessa esteira, esclarecedoras também são as palavras de Adda Pellegrini, no sentido de que:

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (GRINOVER, 1992, p. 63)

Logo, fica bastante evidente que o direito ao contraditório quando ainda na fase de inquérito não se revela em sua integralidade, ou seja, em sua plenitude. Mas, apenas mostra uma de suas facetas.

Ademais, vale frisar que com o advento da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal que apregoa que *“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*.

E de resto, no mesmo sentido conforma as palavras de Aury Lopes Jr:

Reforça nossa posição o disposto na Lei n. 13.245/2016, que alterou o art. 7º da Lei nº. 8.906/94, para ampliar a participação do advogado na investigação, especialmente no direito de acesso aos autos (manifestação do contraditório, que foi potencializado) e também no direito de assistir o investigado “durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração” (nova redação do art. 7º, XXI, da Lei n. 8.906/94): a) apresentar razões e quesitos (potencialização do direito de defesa) (JR, Aury Lopes, 2020, p. 296).

Portanto, cumpre esclarecer, que por mais que seja lugar-comum na doutrina em dizer que o direito de contraditório e ampla defesa não se aplicam no inquérito policial, é evidente que os indiciados são considerados acusados em sentido amplo. Assim sendo, podem lançar mão, com os devidos apontamentos, de tais direitos. Mesmo se tratando da fase de inquérito. Momento esse que antecede a ação penal, mas, que notadamente já é o início da persecução penal.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve, por fim, alcançar uma resposta frente a polêmica existente quanto à possibilidade da ampla defesa e do contraditório na fase inquisitorial.

Conforme no decurso deste artigo, o inquérito policial, como uma das hipóteses de investigação preliminar, é um procedimento administrativo elaborado pela Polícia Judiciária, cujo objetivo principal é explorar fatos criminais e coletar os elementos necessários para uma melhor investigação. Ao praticar atos criminosos, o dono do ato criminoso acabará por obter elementos suficientes para acusar o agressor.

Em vista disso revelaram-se alguns posicionamentos a favor e outros contra a aplicação desses princípios na fase investigatória. Uns entendem que não exige um contraditório prévio, só se exige a observância do contraditório no processo penal, durante a fase processual e não na fase investigatória.

Ressaltando que ao empregarmos o contraditório e a ampla defesa na fase da investigação preliminar, poderíamos criar obstáculos para o êxito das investigações policiais, bem como para a repressão da criminalidade e obtenção da paz social. No entanto, existem entendimentos contrários aos dispostos acima, afinal existe a necessidade de um contraditório efetivo e real em todo o desenrolar da persecução penal, na investigação inclusive, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

A propósito, em constituições anteriores, a doutrina apresentava a exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória "*abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova.*"

O contraditório deve ocorrer na fase da investigação preliminar, antes do relatório ser enviado a autoridade judiciária. Por mais prudente que seja a autoridade que dirige a investigação inicial está sujeita a equívocos, falsos juízos ou sugestões tendenciosas.

Devido a tudo acima exposto, conclui-se que o contraditório no IP deixa de ser informativo, e passa a ter valor de prova e ampla defesa se faz presente em toda a investigação durante a persecução do inquérito. Esse instituto pré-processual denominado inquérito policial tem grande importância para prevenir precipitadas acusações ou pedido de arquivamento pelo órgão acusador.

Por fim, vale salientar, que deve ser exercido na fase investigativa, para que o indiciado possa usar de todos os meios permitidos de contradizer as imputações que lhe estão sendo feitas, podendo assim se livrar de uma futura ação penal, no qual o próprio decorrer do processo já sujeita-o a uma situação punitiva.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad. In: Estudios Jurídicos. Madrid, Civitas, 1996. p. 182 e s. 121.

FOSCHINI, Gaetano. L'Imputato. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956. p. 26.

GOLDSHMIDT, James. *Princípios gerais do processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; **SCARANCA FERNANDES**, Antônio; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p. 63.

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA INCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO

CATARINA ISABELLE DE CARVALHO PEREIRA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Una.

JÉSSICA APARECIDA DE SOUZA COSTA

(coautora)

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a relevância, para o ordenamento jurídico brasileiro, da evolução dos negócios jurídicos processuais, em razão do advento do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, realizar-se-á um breve estudo acerca da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, prevista no artigo 190 do CPC/15, bem como as limitações das declarações de vontade das partes, diante de normas fundamentais do processo. Em seguida, seguiremos o estudo dos negócios jurídicos na seara da execução, elencando-se algumas hipóteses de potenciais negócios jurídicos processuais atípicos, finalizando com a análise do Projeto de Lei 2.359/2020.

Palavras-chave: Cláusula geral. Execução. Negócio jurídico processual. Novo Código de Processo Civil. Princípios. Projeto de Lei 2.359/2020.

ABSTRACT: This article has the objective of presenting the relevance for the Brazilian Legal Order, the evolution of procedural legal affairs, because of the advent of the "Novo Código de Processo Civil". For that, a brief study was made, regarding the general clause of the procedural legal affairs, foreseen in the article 190 from the CPC/15, as well as the limitations of the declaration of the will of the parties, against the fundamental norms of the procedure. Right after, we're going to follow the study of the procedural legal affairs in the field of execution, listing some hypothesis of potential atypical legal procedures, and finishing with the analysis of the bill 2.359/2020.

Keywords: General clause. Execution. Procedural legal affairs. New Civil Procedure Code. Principles. Bill 2.359/2020.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negócios Jurídicos Processuais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2.1 Evolução dos negócios jurídicos processuais no CPC de 2015 perante o CPC de 1973. 2.2. Cláusula geral dos negócios jurídicos e suas espécies. 2.3. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais. 2.4 Princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual. 2.5 Controle judicial de validade dos negócios jurídicos processuais. 3. Negócios processuais na execução. 3.1. Ação de execução fundada em título executivo extrajudicial por negócios

jurídicos atípicos. 3.2 O Projeto de Lei 2.359/2020: Executividade de documento particular assinado digitalmente sem a presença de testemunhas. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar a evolução dos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto às inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973, dentre as quais aumentaram-se as possibilidades quanto às convenções a partir dos negócios jurídicos processuais anteriormente permitidas. Tais novidades se dão em razão da inovação da cláusula geral dos negócios jurídicos - art. 190, do CPC/15, que possibilita às partes plenamente capazes "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais", seja antes ou durante o processo, desde que o processo, leia-se lide ou controvérsia, verse sobre direitos que admitam a autocomposição.

Nesse aspecto, ressalta-se que o negócio jurídico processual é o instituto de direito que possibilita às partes a flexibilização de determinados aspectos processuais de acordo com as vontades ou necessidades. Assim, aborda-se as espécies dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, sendo que o primeiro se refere aquelas convenções típicas previstas no texto da lei, e o segundo, àquelas previstas de forma genérica na legislação, vez que fica à cargo da autonomia das partes o seu conteúdo.

Prosseguindo, ainda no segundo capítulo, destaca-se que, a abrangência quanto às possibilidades às convenções de negócios jurídicos processuais, somente se deu em virtude dos vários princípios que permitem às partes maior liberdade e amplitude dentro de um procedimento, seja ele judicial ou não. Dentre eles, abordam-se, com base nas conceituadas doutrinas de Humberto Teodoro Júnior² e Fredie Didier Júnior³, os princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual.

O princípio do devido processo legal, é caracterizado, em suma, pela garantia do Estado-juiz a uma prestação jurisdicional assegurada de todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais; (ii) o princípio do autorregramento da vontade, que privilegia o respeito à liberdade das partes, dentro do procedimento devido, tendo em vista à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de

² HUMBERTO, Teodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 56ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forence Gen, 2015.

³ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017.

autorregular-se possa ser exercido sem restrições irrazoáveis ou injustificadas; (iii) e os princípios da cooperação e da celeridade processual, uma vez que quando as partes cooperam entre si, seja na fase pré-processual ou processual, a solução mais adequada e justa ao caso concreto se dá de forma mais célere.

O terceiro capítulo da pesquisa tem como objeto o conteúdo central do presente estudo, versando acerca dos negócios jurídicos processuais na execução, desde o seu conceito, objeto, meios executórios, as espécies dos títulos executivos extrajudiciais e ainda a criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos atípicos.

Por fim, a título exemplificativo da importância do instituto dos negócios jurídicos processuais na execução no ordenamento jurídico brasileiro, ressalta-se o Projeto de Lei nº 2.359/2020, que versa sobre a possibilidade de previsão como título executivo extrajudicial o documento particular assinado digitalmente pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas.

Diante do exposto, tem-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que as pesquisadoras pretendem eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam serem viáveis e adequadas para analisar o objeto estudado, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto as pesquisadoras pretendem se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e presente na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a presente tese.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema de normas, regras e princípios, cujo objetivo é manter a ordem social, dando à coletividade maior segurança jurídica, seja em casos mais complexos que exijam a interferência estatal, por meio do seu poder-dever de jurisdição, exercido pelo Estado-juiz, seja em casos de menor complexidade, nos quais a própria sociedade, sem a necessidade de interferência de terceiros, soluciona suas oposições.

Nas palavras de Norberto Bobbio o ordenamento consiste na dimensão hierárquica das normas (regras e princípios) do direito, dotada de unidade, coerência e completude⁴.

Assim, dentre as formas que complementam esse sistema, pode-se enumerar a legislação em geral (Constituição Federal, legislações infraconstitucionais, decretos, atos normativos, portarias, resoluções), as jurisprudências, os princípios, as doutrinas e até mesmo os costumes, sendo que alguns se sobrepõe a outros.

Os maiores mecanismos manipuladores desse sistema de normas são os três poderes, quando o Poder Legislativo as elabora, o Poder Executivo as administra e o Poder Judiciário as aplica, através do poder estatal de Estado-juiz, diante de um processo devido jurisdicionado. Assim, de fato, percebe-se o poder de ingerência da máquina estatal no ordenamento jurídico, principalmente quanto aquele que o aplica perante o caso concreto.

Não obstante, à princípio, a única forma que a sociedade possuía como meio de solução de conflito era a jurisdição, elementar função do Estado. Atualmente, diante da evolução do ordenamento jurídico, como forma de solucionar suas oposições, além do poder judiciário, o cidadão tem à sua disposição os métodos adequados de solução de conflitos, dentre eles a conciliação, mediação, arbitragem e negociação. E ainda, diante desses métodos o cidadão tem a possibilidade de estipular mudanças, alterar ou adaptar o procedimento da melhor forma que lhes convém, por meio dos negócios jurídicos processuais, dentro dos limites estabelecidos, de forma que o Estado-juiz não mais se figura, unilateralmente, como o imperativo da decisão da controvérsia.

Nesse sentido, será visto adiante que a evolução dos negócios jurídicos processuais, seja ele típico ou atípico, através da cláusula geral prevista no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105/2015), consiste no avanço da autonomia, liberdade e autorregramento das partes dentro do procedimento resolutório judicial ou extrajudicial.

2.1. Evolução dos negócios jurídicos processuais no CPC 2015 perante o CPC 1973

Apesar da inovação legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, as convenções processuais já existiam sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, todavia de forma limitada, visto que as partes não possuíam liberdade e autonomia para ajustar qualquer tipo de procedimento, mas somente aqueles expressamente previstos em lei.

⁴ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Ed. Ícone, São Paulo, 1995, p. 198.

Segundo o Professor José Carlos Barbosa Moreira⁵, a expressão “convenções processuais” se apresenta como a mais adequada para o presente tema, após numerosas terminologias utilizadas pela doutrina, tais como “contratos processuais”, “avenças processuais”, “convênios processuais” e “acordos processuais”, justificando o autor que, “a essas maneiras de dizer, parece-nos preferível a locução convenções processuais, de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código.

Embora não sejam, em regra, percebidos pelos operadores do direito, há dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 que admitiam expressamente a figura das convenções processuais, mesmo que de modo reduzido, podendo-se citar como exemplo a eleição convencional do foro (art. 111), redução ou prorrogação dos prazos dilatatórios (art. 181), suspensão do processo (arts. 265, II, e 792), distribuição do ônus da prova (art. 333, p.u), o adiamento da audiência (art. 545, §1º), divisão do prazo entre litisconsortes para sustentar em audiência (454, § 1º), administração do estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados (art. 677, § 2º), indicação de depositário de bens sequestrados (art. 824, I), alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3º).⁶

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha⁷, elencou as principais possibilidades de negócios jurídicos processuais típicos até então existentes, como por exemplo: (i) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); (ii) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); (iii) desistência da ação (art. 267, § 4o; art. 158, parágrafo único); (iv) convenção de arbitragem (arts. 267, VII, art. 301, IX); (v) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); (vi) escolha do foro competente pela fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); (vii) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); (viii) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III).

Assim, entende-se que ficou consolidado, à época, que o Código de Processo Civil de 1973 teria se omitido quanto à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes, concluindo a doutrina pela sua impossibilidade, em virtude da ausência de prévia autorização e regulamentação dada pelo legislador.

⁵ MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo. n. 33, 1984, p. 183.

⁶ Os exemplos citados estão sintetizados no artigo do Prof. Barbosa Moreira. Ob. cit., p. 183.

⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 54-55.

Nas palavras de Daniel Assumpção Amorim, os negócios jurídicos processuais no CPC/1973 se operava “apenas em sua forma típica, limitada, considerando que as partes não tinham a liberdade de ajustar sobre todo e qualquer tipo de procedimento, senão nas hipóteses expressamente previstas na lei de regência, a citar a cláusula de eleição de foro e as convenções sobre o ônus da prova.”.⁸

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil de 2015, que se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.105/2015, ampliou significativamente o rol das convenções ou dos negócios processuais típicos, dentre os quais podem ser citados, a instauração do juízo arbitral (art. 42), definição de calendário processual (art. 191), redução dos prazos peremptórios pelo juiz com a devida anuência das partes (art. 222, § 1º), a renúncia de uma das partes ao prazo estabelecido em sua benesse (art. 225); a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, antes ou durante o processo (art. 373, §§ 3º e 4º); a nomeação de perito (art. 471); convenção sobre a liquidação por arbitramento da sentença (art. 509, I); desistência do processo, recurso e a renúncia ao direito de recorrer (arts. 998 e 999).

Ao contrário do que ocorria no CPC/1973, o novo Código de Processo Civil buscou a simplificação do processo através de uma diminuição do excessivo protagonismo do juiz, concedendo um papel ativo e efetivo às partes do processo, a partir do momento em que autorizou a elaboração de convenções processuais atípicas, surgindo assim a possibilidade de adequação do procedimento à vontade das partes com o objetivo de prestigiar a eficiência e celeridade da tutela jurisdicional.

A novidade trazida no novo CPC não se caracteriza como a criação de um novo instituto, mas sim no alargamento de suas possibilidades, posto que as convenções a serem firmadas pelas partes não mais precisam estar pré-estabelecidas pela legislação processual, de forma a permitir às partes maior amplitude e liberdade em relação ao conteúdo, ao procedimento e aos métodos a serem adotados para a resolução de determinada controvérsia, como se passa a demonstrar a seguir.

2.2. A cláusula geral dos negócios jurídicos e suas espécies

A cláusula geral tem como principal objetivo permitir às partes a formulação de negócios processuais atípicos, adequando o procedimento à realidade da causa, sendo certo que estas não mais se encontram adstritas à literalidade da norma ou dos negócios jurídicos tipificados.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

A cláusula geral, prevista no art. 190 do CPC/2015, dispõe que “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”.

Nesse sentido, Rodrigo de Lucca⁹ sustenta que, a partir dessa disposição “as partes possuem a mais ampla liberdade para negociar alterações no procedimento para adequá-lo aos seus interesses, suprimindo atos e alterando inclusive ônus, faculdades, deveres e poderes processuais.”

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara¹⁰, “trata-se da genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios jurídicos através dos quais dispõem de suas posições processuais”.

Isso porque, a ideia introduzida através dessa cláusula não consiste na mera permissibilidade de formulação de negócios jurídicos, mas sim na possibilidade de formulação de negócios genéricos (atípicos) sobre o processo.

E é exatamente a partir da inauguração dessa cláusula, que diversas espécies de negócios jurídicos atípicos podem surgir, pois, em que pese constar o verbo “convencionar” no *caput* do dispositivo e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais como gênero de que as convenções processuais são espécies¹¹. Nesse sentido que os negócios jurídicos processuais atípicos ganham força e visibilidade entre as partes processuais.

A despeito disso, os negócios atípicos permitem que as partes convencionem mudanças no procedimento, as quais não se encontram previstas no ordenamento jurídico, autorizando-as a celebrarem mudanças sobre dois objetos do procedimento: (i) às situações jurídicas processuais, tais como ônus, faculdades, deveres e poderes; ou (ii) ao

9 LUCCA, Rodrigo Ramina. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais*. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020, p. 33.

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed. Atlas, São Paulo, 2ª Edição, 2016, p. 144.

11 DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, 2016, p. 04. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/0f9856a3ca61b0e12c52d2712d3a4de0.pdf>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

próprio processo, a partir da redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos.¹²

Tais possibilidades tratam-se de objetos autônomos, de forma que o acordo celebrado entre as partes, antes ou durante o processo, pode recair apenas sob as situações jurídicas processuais, apenas sob o procedimento ou em ambos simultaneamente, mas nunca sob o objeto litigioso.¹³

Nesse sentido, a título exemplificativo, veja-se alguns negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015: o acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova, etc.¹⁴

2.3. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais

Apesar de a cláusula geral permitir às partes a convenção de negócios atípicos, além da vontade das partes e dos pressupostos de validade gerais de todo negócio jurídico previstos no art. 104 do Código Civil – agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei – faz-se necessário que tais convenções respeitem os pressupostos de validade específicos às convenções processuais.

Os limites se comportam como importantes demarcadores às convenções, pois ao mesmo tempo que permitem as partes amplitude quanto aos negócios processuais, as norteiam quanto a extensão dessa vontade, deixando-as em posições de equivalência.

O art. 190 e seu parágrafo único, ambos do CPC/15, estabelecem quatro requisitos para que as convenções processuais se configurem como válidas, sendo eles: (i) possibilidade de autocomposição dos direitos versados no processo; (ii) capacidade plena

¹² No mesmo sentido o enunciado 257 do FPPC: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Disponível em: <<http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹³ Ibidem, p. 36.

¹⁴ DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC 2015. op. cit., 2016, p. 03.

das partes; (iii) inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão; e (iv) inexistência de vulnerabilidade de uma das partes.

O condicionamento da validade das convenções à disponibilidade do direito faz com que as partes, de certa forma, tenham maior liberdade para convencionar sobre determinadas prerrogativas. Isso porque, ao ampliar a possibilidade de celebração das convenções processuais, o legislador permite às partes convencionarem tanto nas causas que versem sobre os direitos disponíveis, quanto nas causas que versem sobre direitos indisponíveis que admitam autocomposição, tal como exemplo: a ação de investigação de paternidade que, apesar de versar sobre direito indisponível, permite ao réu o reconhecimento voluntário, judicial ou extrajudicial, da paternidade.¹⁵

Por outro lado, é de se questionar o motivo da limitação à direitos que admitam autocomposição material, quando nos próprios termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”. Para Rodrigo Ramina de Lucca, “tem feição autoritária a suposição de que o titular do direito indisponível seria incapaz de celebrar um negócio jurídico que lhe coloque em uma posição mais favorável no processo.”¹⁶

Nesse sentido, há doutrinadores que acreditam que a possibilidade mais adequada seria a vinculação da convenção processual que envolvam direitos indisponíveis e que não admitam autocomposição à anuência prévia e expressa do Ministério Público, como *custus legis*, sem prejuízo que o Estado-juiz a recuse caso constatada alguma limitação quanto o direito materialmente indisponível.

O segundo pressuposto de validade diz respeito a celebração das convenções por partes plenamente capazes, ponto este divergente entre a doutrina. Isso porque, há quem diga que a capacidade a que se refere a cláusula geral é a capacidade processual, isso é, basta que a parte possua capacidade de atuar como parte e de estar em juízo para figurar-se nas convenções. Em contrapartida, a doutrina majoritária defende tratar-se da capacidade civil, sendo que somente aqueles maiores de dezoito anos ou emancipados possuiriam capacidade plena para a prática de tal ato.

Sob o ponto de vista ainda da doutrina majoritária, não há que se falar em capacidade processual, quando este já se caracteriza como um dos requisitos processuais,

¹⁵ LUCCA, op. cit., 2020, p. 36.

¹⁶ Ibidem, p. 36.

sob pena de intimação para regularização ou extinção do feito, nos termos do art. 76 do CPC/15. Pois, se assim o fosse, estaria a *lege ferenda* cometendo pleonasma.

A despeito do pressuposto de inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão, o legislador tem por objetivo coibir que os negócios jurídicos celebrados nos contratos de adesão possuam cláusulas abusivas que favoreçam uma das partes, deixando-as em posições de desigualdade, em posição desfavorável contra a sua vontade.

Todavia, deve-se frisar que isso não impede que os contratos de adesão contenham convenções processuais, ao contrário, a proibição se dá em razão de uma eventual abusividade das cláusulas¹⁷. Em última análise, trata-se de um alargamento em relação ao art. 424, do Código Civil, que dispõe: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”.

E justamente nesse sentido é a previsão do último pressuposto de validade, o qual proíbe a convenção “em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” Tal requisito tem como finalidade impedir que as convenções que coloquem uma das partes em situação de vulnerabilidade processual perante a outra.

2.4. Princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual

Além dos requisitos acima elencados, e do dever de observância às posições processuais ocupadas (eis a impossibilidade de disposições sobre ônus, faculdades, poderes, deveres e direitos de terceiros), é necessário, ainda, a obediência das partes às normas fundamentais do processo, respeitando os princípios basilares do procedimento, dentre eles o do devido processo legal, do autorregramento da vontade das partes, da cooperação e da celeridade processual.

O princípio do devido processo legal é caracterizado, em suma, pela garantia do Estado-juiz a uma prestação jurisdicional assegurada de todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Nas palavras de Fredie Didier Jr.¹⁸, trata-se de “uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.”. E sob essa égide surgiria o questionamento sobre a possibilidade de os negócios atípicos violar esse princípio fundamental do processo.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2, Revista dos Tribunais, p. 517.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm, Salvador, 2013.

Ao contrário do que muito se questiona, Peixoto Macedo¹⁹ entende que o negócio jurídico processual é medida que afirma o devido processo legal, confirmam-se:

Com efeito, quando a celebração do negócio jurídico estiver nos limites do propósito do Estado, que é resolver conflitos e afirmar o ordenamento jurídico, e for desejado e pactuado de forma livre pelos sujeitos parciais, a sua realização, ao contrário de confrontar o devido processo legal, é medida que o afirma e, mais do que isso, leva a um regime de colaboração entre os sujeitos processuais que reforça verdadeira corresponsabilidade no processo.

E no mesmo sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, ao entender que: “Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.”.

Para além do devido processo legal, há o princípio do autorregramento da vontade das partes, que privilegia o respeito à liberdade das partes, dentro do procedimento devido, tendo em vista à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido sem restrições irrazoáveis ou injustificadas²⁰. Ou seja, tal prerrogativa permite às partes ampla liberdade de atuação no procedimento e a garantia de um processo devido e legal e, ao mesmo tempo, moderado.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.²¹, “o princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido.”.

Assim, em que pese ser um princípio fundamental, é necessário limitar o autorregramento da vontade para que os negócios jurídicos não sejam invalidados nos

19 MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: Revista dos Tribunais online. Vol. 241.

20 Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

21 DIDIER JR. Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. Extraído do Cap. 1 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm. 2015, p. 21.

casos em que houver uma possível imoderação em relação aos princípios e preceitos constitucionais e às normas de ordem pública, de forma a afastar o caso concreto do processo devido. O autorregramento da vontade no processo certamente é um direito, no entanto, não pode ser exercido de forma abusiva²².

Na mesma percepção, os princípios da cooperação (previsto no art. 6º, do CPC/15) e da celeridade processual têm o condão de permitir que as partes possuam mais liberdade no procedimento, desde que respeitadas determinadas limitações, uma vez que quando as partes cooperam entre si, seja na fase pré-processual ou processual, a solução mais adequada e justa ao caso concreto se dá de forma mais célere.

Nesse sentido, o Enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que: "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.". Isso porque, a observância a esses pressupostos é medida que se impõe, eis que, uma vez respeitados estarão os sujeitos processuais diante de um propício ambiente processual, de mútuo reconhecimento das posições e vantagem que cada um se encontra, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa²³.

Assim, cabe aos sujeitos processuais a convenção de negócios atípicos em respeito aos pressupostos e princípios processuais e constitucionais, pois poderá o juiz considerar nula a convenção sempre que entender abuso de poder das partes quando do exercício do direito de modificar o procedimento e suas posições jurídicas. Sob essa égide que passa-se a analisar a posição do Estado-juiz diante das convenções processuais.

2.5 Controle judicial de validade dos negócios jurídicos processuais

De plano, faz-se importante ressaltar que o juiz não é um estranho às convenções, – em que pese ser possível o acordo processual antes mesmo de existir processo – afinal, trata-se o processo de um ramo do direito público, no qual, a despeito a autonomia das partes seja assegurada, poderão as convenções surtir efeitos no processo e, inevitavelmente, impactar a atuação do juiz. Tudo isso, claro, nas relações pós instauração processual, já que não há que se falar em juiz antes do processo.

Sob esse viés surgem as indagações acerca do que cabe ou não ao juiz realizar diante de uma convenção. Alguns dos principais pontos a serem observados são: (i) se o juiz pode ser considerado parte do acordo; (ii) se o juiz se vincula às disposições pactuadas;

²² NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2017, p. 396.

²³ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, p. 7-27. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

e (iii) se deve o juiz homologar as convenções previamente, ou exercer um controle posterior de validade e adimplemento²⁴.

Há quem diga que a vontade do juiz, somada a das partes, se caracteriza como elemento essencial para a celebração da convenção. Por outro lado, contrariamente a essa tese, a doutrina majoritária, seguindo o entendimento de Kelsen quanto a capacidade negocial de as partes produzirem normas jurídicas individuais a partir das normas gerais, da autonomia e da liberdade, entende que a função negocial não é própria do Estado-juiz.

Seguindo a ideia de Canelutti ilustrada na obra *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Antonio do Passo Cabral afirma que “no negócio jurídico, o poder de praticá-lo é exercitado no interesse de quem o desempenha. O Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio.”.

Assim, em razão da nítida disparidade quanto aos interesses materiais e processuais de cada agente processual (litigantes e juiz), não pode o Estado-juiz figurar como parte e controlador dos negócios jurídicos, tão menos praticar atos ou convenções em favor do interesse próprio, ou especificamente de uma das partes, sob pena de ferir o princípio da imparcialidade²⁵.

Nesse sentido, para Gerhard Wagner, afirmar que o Estado-juiz não é parte da convenção, não significa dizer que não fique vinculado a elas²⁶. Enquanto os sujeitos se obrigam voluntariamente através da autonomia e da liberdade, o Estado-juiz se vincula incidentalmente, através dos atos e das formalidades do processo, ainda que se exista convenção definida por meio da autonomia privada. Isso se dá pelo dever do juiz de aplicar a norma convencional, seja quando a convenção diz respeito ao procedimento, seja para dar cumprimento às avenças ou mesmo para aplicar a norma em sentido estrito.

24 CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais*. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020, p. 138.

25 Em razão do princípio da imparcialidade, tem o juiz o dever de agir de forma equânime e imparcial em face aos litigantes e ao caso concreto. Não deve haver interesse pessoal sobre o objeto do processo, tão menos favorecimento à uma das partes, cabendo-lhe um julgamento justo e apartidário. Para Fredie Didier Jr. (2012, p. 97), ao definir como é “ser imparcial”, arrisca: “o juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas: isso é ser imparcial”. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume 1. 14ª edição. Bahia, editora JusPodivm, 2012, p. 97)

26 WAGNER, Gerhard. *ProzeBvertrage: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tubingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 224.

No que tange as funções do juiz, há de se destacar duas características precípuas: a de incentivar e a de controlar. A primeira está diretamente ligada aos deveres que os princípios do contraditório e da cooperação impõem ao juiz, já que deve o Estado-juiz fomentar as partes ao uso de instrumentos autocompositivos, não só nas convenções processuais, mas em qualquer ato processual.

A segunda e principal função, a de controlar ou fiscalizar, diz respeito ao dever do juiz de analisar a validade das convenções processuais, controlando a extensão da vontade das partes sobre o procedimento estatal, valendo-se do equilíbrio entre os interesses privados e os interesses públicos envolvidos²⁷. Aqui, nos termos do *caput* do art. 190 do CPC/15, o papel do juiz se limita a verificar se as partes extrapolaram os limites que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar, salvaguardando pelos interesses públicos. Vale lembrar que, a despeito do dever de fiscalizar, não cabe ao judiciário apreciar a conveniência da celebração.

Neste aspecto, para Antonio do Passo Cabral²⁸, “a tarefa de controle não deve ser compreendida como um freio ou negação à liberdade das partes, mas sim como um respeito à sua autonomia (que compreende intrinsecamente limitações).”.

Por isso, é que a doutrina majoritária entende pela desnecessidade de homologação judicial ou deferimento prévio, já que os negócios jurídicos processuais decorrerem diretamente da autonomia da vontade das partes, da possibilidade de serem celebrados antes mesmo do processo, além do fato de os atos negociais produzirem efeito desde o momento da celebração, nos termos do art. 200 do CPC/15.

Nesse sentido, verifica-se que a submissão dos negócios jurídicos pré ou pós-processuais ao controle judiciário seria incabível. Primeiro pelo fato de tal ato lesar diretamente a prerrogativa da autonomia da vontade das partes. Segundo, pelo fato de tornar-se inviável, tanto às partes quanto ao judiciário, a participação do juiz em toda e qualquer negociação, já que, a convenção que a princípio teria o condão de preservar o princípio da cooperação e dar destaque ao princípio da celeridade, estaria fadada ao insucesso, esbarrando-se na morosidade, diante do atual cenário do judiciário brasileiro que se encontra assoberbado de demandas litigiosas.

Assim, é que se deve frisar que, a homologação ou o deferimento prévio não devem ser considerados pressupostos para a eficácia dos negócios processuais. A regra é que as convenções independem de qualquer atuação judicial. As exceções se encontram nos casos que a lei expressamente prevê o controle judicial prévio (vale lembrar que a

²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais, op. cit., p. 138.

²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018, p. 283 e ss.

necessidade de homologação não constitui pressuposto de constituição válida, mas apenas uma condição de eficácia).

Dentre aqueles que possuem a homologação como condição de eficácia citam-se: (i) a necessidade de homologação da convenção que escolhe o administrador e disciplina a forma de administração de empresa ou semoventes penhorados – art. 862, §2º do CPC/15; (ii) a homologação da autocomposição obtida no curso do processo, com a finalidade de interromper a litispendência – art. 515, inciso II do CPC/15.

3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS NA EXECUÇÃO

Baseando-se na mesma sistemática do CPC/73, o CPC/15, por meio de seu art. 775, adotou a regra da disponibilidade da execução, independentemente da concordância da parte executada: “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.”.

Isso acontece porque, nas palavras de Pedro Henrique Nogueira²⁹, “a execução se desenvolve no interesse do credor, que, por sua vez, tem a liberdade de decidir e abrir mão da prática de atos executivos, expropriatórios ou não, que possam vir a ser praticados no procedimento executório.”.

Sob essa égide, a ação de execução nada mais é do que um direito conferido a alguém para exigir de outrem o cumprimento de uma prestação devida, podendo ser obrigação de fazer, não-fazer ou dar. Quando o devedor cumpre a obrigação voluntariamente, dizemos que se trata de execução espontânea, por outro lado, quando a prestação é obtida através de atos executivos pelo Estado, a execução chama-se forçada.³⁰

Sobre o tema, o processualista Fredie Didier Jr., destaca duas técnicas processuais que viabilizam a execução sentencial: “a) processo autônomo de execução: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) fase de execução: a execução ocorre dentro de um processo já existente, como uma de suas fases.”³¹.

²⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 531.

³⁰ DIDIER JR., FREDIE. Curso de direito processual civil: Execução. In: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira, Ed. JusPodivm, Salvador, 2017, p. 42-45.

³¹ Ibidem, p. 46

O procedimento a ser adotado dependerá do título executivo, aplicando-se as regras do cumprimento da sentença, previsto nos artigos 513 a 538 do CPC/15, quando o título for judicial e, por sua vez, quando for título executivo extrajudicial, a execução será disciplinada pelas normas contidas no Livro II, da Parte Especial, do CPC/15, ditado a partir do artigo 771, desde que ambos contenham liquidez, certeza e exigibilidade, consoante dispõe o artigo 783 do CPC/15.

Nesse sentido, cumpre destacar que a doutrina processualista estendeu o debate referente à negociação jurídica processual atípica celebrada entre as partes sobre a fase de execução civil, como alude Fernando da Fonseca Gajardoni³²:

Os principais exemplos de convenções processuais atípicas advêm de negócios celebrados para operar efeitos no processo de conhecimento. Fala-se na admissão de convenções para ampliar prazos de contestação e recursos; para vedar denunciação à lide; para renunciar antecipadamente ao recurso de apelação contra a sentença; para partilhar as eventuais verbas de sucumbência; entre tantos outros. Há, entretanto, um campo enorme para a celebração de convenções em tema de execução civil (cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial).

Isso porque, a execução processual é uma fase de suma importância para o processo, visto que é o momento em que de fato a satisfação da pretensão autoral é atendida, asseverando o Professor Guilherme Peres de Oliveira que “são os meios executivos, na verdade (e não a sentença de procedência), que são capazes de, concretamente, outorgarem a tutela do direito material violado ou evitarem sua violação (aí, incluídos, evidentemente, tanto os meios de sub-rogação quanto os meios de coerção.”³³

Nesse sentido, sustentando a possibilidade de a execução ser negociada, Didier Jr. e Cabral³⁴ destacam algumas vantagens do negócios jurídicos executivos, como a adaptabilidade das medidas executivas às necessidades dos litigantes e a previsibilidade, dado que reduz a incerteza sobre o resultado e minimiza os possíveis riscos,

32 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. JOTA, atual. em 09 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil30102017>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

33 PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. Negócio Jurídico Processual: a amplitude da clausula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorando em Direito). Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 202.

34 DIDIER JR., Fredie, CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista de Processo, vol. 275, ano 43, Ed. RT, São Paulo, p. 193-228.

exemplificando que “Do lado do exequente, antecipa-se o procedimento para dar cumprimento ao título executivo com menos riscos e mais certeza do resultado; do lado do executado, por exemplo, previne-se um ingresso inadvertido em seu patrimônio”.

E é justamente por isso que os negócios processuais são celebrados, com o fim de promover a celeridade e a eficiência da execução forçada, limitar a atividade executiva (restringindo a prática de atos de constrição, por exemplo), ou ainda para regular os atos executórios que não de ser praticados, quando de fato surge maior previsibilidade aos envolvidos³⁵.

Sob essa perspectiva questiona-se quais seriam as possibilidades e como se daria o uso dos negócios jurídicos processuais, seja para promover a eficiência da execução, seja para limitar a prática de atos executivos.

3.1. Ação de execução fundada em título executivo extrajudicial por negócios jurídicos atípicos

Humberto Dalla Bernardina Pinho entende por título executivo extrajudicial “o documento considerado por lei como tradutor de um acerto de direito *inter partes* ao qual é constituída eficácia executiva”.³⁶

Nesse mesmo sentido, é a lição do processualista Humberto Theodoro Junior³⁷:

O título executivo extrajudicial exerce função equivalente à da sentença condenatória, i.e., representa, por vontade da lei, uma forma de declaração de certeza ou de acerto da relação jurídica estabelecida entre devedor e credor. É que, na sistemática do direito atual, não apenas o Judiciário, mas também as próprias partes podem dar efetiva aplicação à lei”.

³⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro, op. cit., p. 526.

³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Direito Processual Civil Contemporâneo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Vol. 1. p. 424.

³⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016. vol 3. p. 255.

Assim, entende-se que os títulos executivos extrajudiciais outorgam a alguém a pretensão de executar àquele que descumpriu com o que fora acordado, sem utilizar-se do judiciário, sendo que encontram-se elencados no artigo 784 do CPC/1538, merecendo destaque a última hipótese de título executivo extrajudicial, haja vista que o legislador reconheceu outros títulos além dos que estão arrolados no artigo 784, desde que possuam força executiva através de leis que os prevejam.

A título exemplificativo cita-se a cédula de crédito imobiliário prevista no art. 20 da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário prevista no art. 28 da Lei nº 10.931/2004 e o contrato de honorários celebrado entre advogado e cliente disposto no art. 24 da Lei nº 8.906/94, todos caracterizadores de títulos executivos extrajudiciais.

A despeito de ser possível verificar vários exemplos de negócios processuais típicos, o objetivo deste artigo é indagar acerca de potenciais títulos executivos extrajudiciais realizados através de negócios processuais atípicos decorrentes do art. 190 do CPC/15, com enfoque na possibilidade de as partes atribuírem força executiva a um documento particular assinado por elas (credor e devedor) sem a participação de duas testemunhas.

Dito isto, cumpre esclarecer que o tema não é pacificado na doutrina, tendo duas vertentes. A primeira nega a possibilidade de criação de título executivo extrajudicial por negócio processual atípico, fundamentando-se na segurança jurídica da taxatividade, e a segunda manifesta favoravelmente utilizando como fundamento a autonomia das partes.

38 BRASIL, Lei 13.105. Código de Processo Civil. Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Rodolfo Kronenberg Hartmann³⁹ defende a primeira posição, sob o argumento de que o inciso XII do art. 784 do CPC/15 deve ser interpretado de forma literal, considerando que qualquer outro título executivo extrajudicial decorra de previsão legal e não contratual, acrescentando que referida criação seria um meio de burlar as exigências previstas em lei.

Em oposição, estão doutrinadores como Fabiano Carvalho, Alexandre Freitas Câmara, Antônio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que fomentam a liberdade e a autonomia de pactuação das partes.

Além disso, esta corrente leva em consideração uma interpretação hermenêutica do artigo 771 do CPC/15, no sentido de que seria possível admitir a criação destes títulos, porquanto o final do dispositivo estabelece que as normas sobre execução são aplicáveis aos atos ou fatos processuais a que atribuir força executiva, sendo certo que, o art. 190 do mesmo diploma legal, seria a norma autorizadora.⁴⁰

Neste diapasão, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), em seus enunciados normativos n. 19, 262 e 490, admite alguns negócios jurídicos processuais atípicos sobre a fase de execução, como por exemplo, acordo para não promover execução provisória; pacto para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença; acordo para alterar a ordem de penhora ou pré indicação de bem penhorável preferencial; pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva⁴¹.

E ainda, com a finalidade de aperfeiçoar a execução e obter um processo executivo mais eficiente, seja com a eliminação de atos processuais ou com a alteração do rito, Pedro Henrique Nogueira elenca alguns exemplos de negócios processuais bilaterais, tais quais: acordos com renúncia ou restrições ao benefício da impenhorabilidade, acordos de procedimento para gestão eficiente da execução, acordos processuais para conferir maior proteção ao executado (a fim de se promover maior proteção e segurança jurídica), acordos para ampliação das hipóteses de impenhorabilidade (além do rol de bens impenhoráveis do art. 832 e dos bens insusceptíveis de penhora, previstos no art. 833,

39 HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. V. 18, nº 70, 2015.

40 Entendimento compartilhado em CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

41 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Disponível em <<https://diarioprocessual.com/2020/05/19/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-fppc-ate-2020/>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

ambos do CPC/15), os acordos para evitar determinadas constrições judiciais e os acordos para afastar a prisão civil e outras medidas coercitivas⁴².

Fato é que, a partir da cláusula geral, pode-se concluir ser legítimo a utilização dos negócios jurídicos atípicos pré-processuais ou processuais pelas partes, principalmente no âmbito do processo executivo, isso porque, permite maior eficiência ao procedimento e/ou maior limitação à prática de atos processuais executivos.

3.2. O Projeto de Lei 2359/2020: Executividade de documento particular assinado digitalmente sem a presença de testemunhas

Tendo em vista a garantia ao direito fundamental à liberdade das partes em todas as fases processuais e a importância do tema, no dia 04 de maio de 2020, o Deputado Federal Hélio Leite da Silva apresentou o Projeto de Lei 2359/2020, que visa prever como título executivo extrajudicial o documento particular assinado, manual ou digitalmente, pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas, no Novo Código de Processo Civil.

Com o intuito de justificar a apresentação do projeto de lei, o Deputado Hélio Leite da Silva assegura que⁴³:

Diante do dinamismo das relações sociais e da necessidade de constantes adaptações, as quais estão intrinsecamente relacionadas à tecnologia, é plausível buscarmos cada vez mais a dispensa de entraves burocráticos que inviabilizem a celeridade nas relações interpessoais e comerciais, sem que para isso seja necessário abrir mão da confiabilidade dos instrumentos postos à nossa disposição.

Como é sabido, os títulos de crédito são responsáveis por movimentar milhares de relações comerciais diariamente, o que se dá em razão das obrigações contraídas. Por acreditar tratar-se de estímulo à economia em razão de aliar comodidade e segurança às partes, o presente Projeto de Lei tem como intuito prever como título executivo extrajudicial o documento particular assinado, manual ou

⁴² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro op. cit., p. 526.

⁴³ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251396>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

digitalmente, pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas.

Frisa-se que a Medida Provisória nº 2.200/2001, em seu art. 10, consigna presunção de veracidade aos documentos, públicos ou particulares, assinados de forma eletrônica com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, desde que admitidos pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

De fato, a sociedade vem se adaptando às inovações tecnológicas, impulsionando o Direito a se empenhar em estar em harmonia com as demandas e o dinamismo social, atentando-se para as constantes transformações, especialmente quanto à inovação dos meios de títulos de crédito.

A assinatura digital tem segurança jurídica assim como uma assinatura em papel autenticada em cartório, posto que a Medida Provisória 2.200/2001 instituiu a ICP-Brasil com o escopo de garantir, dentre outros, a validade jurídica dos documentos eletrônicos, sendo que a ausência da demonstração de autenticidade da assinatura digital, resulta na perda da confiabilidade do documento perante terceiros, não podendo ser utilizado como meio hábil à execução.

Vale destacar que o artigo 889 do Código Civil de 2002 prevê que os títulos de crédito podem ser emitidos “a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente a que constem da escrituração do emitente”, desde que contenha a data da emissão e a correta indicação dos direitos que confere a assinatura do emitente, requisitos estes que podem constar no título eletrônico emitido por particulares.⁴⁵

Oportunamente, conforme bem consignado pelo Deputado Hélio, no julgamento do REsp nº 1495920, o Relator Ministro Paulo Tarso manifestou favoravelmente quanto à possibilidade de se reconhecer o título executivo extrajudicial que careça da assinatura de duas testemunhas, sob o fundamento de que “Em face destes novos instrumentos de

44 BRASIL. Medida Provisória 2.200 de 28 de junho de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2200-28-junho2001-334520-publicacaooriginal-1-pq.html>. Acesso em: 03 de abril de 2021

45 No mesmo sentido, o Enunciado nº 462 da V Jornada de Direito Civil: “Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certificação digital, respeitadas as exceções previstas em lei. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/425>”. Acesso em: 03 abr. 2021.

verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.”⁴⁶.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, sem prejuízo aos ideais já explanados, estas pesquisadoras entendem que é possível a criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios processuais atípicos, em razão de ser uma técnica processual alternativa que prestigia a economia processual, a celeridade processual e o respeito da vontade das partes, além de valorizar a confiança depositada na relação jurídica e na boa-fé das partes.

Não merecendo prosperar o argumento de que a criação dos referidos títulos ofenderia a segurança jurídica, pois as partes ao convencionarem um contrato, de comum acordo sem qualquer invalidade, vulnerabilidade, abusividade ou vício, não podem em momento futuro alegar a quebra da segurança jurídica. Na realidade, a insegurança jurídica surgiria em razão de posterior descumprimento ou invalidação, motivo pela qual deve ser resultado o ato jurídico perfeito.

Por isso, devem os negócios processuais se aterem aos limites legais a eles impostos, de modo a limitar seus efeitos ao prestígio dos princípios basilares do procedimento, tais como o do devido processo legal, do autorregramento da vontade das partes, da cooperação e da celeridade processual. Mesmo porque, poderá o juiz considerar nula a convenção sempre que entender que houve abuso de poder das partes ou inobservância dos princípios e pressupostos processuais quando do exercício do direito de modificar o procedimento e suas posições jurídicas.

Além do mais, não se pode negar a necessidade de o Direito acompanhar as transformações das relações humanas, devendo se adequar ao dinamismo social, visando a praticidade, a eficiência e a segurança jurídica. E justamente no intuito de acompanhar a desenvolvimento e a inovação social que os negócios jurídicos se tornam grandes instrumentos à negociação pré ou pós processual, eis sua inestimável eficiência e sua inesgotabilidade de possibilidades.

Fato é que, além de se caracterizar como uma das maiores inovações trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, os negócios processuais permitem as partes a convenção de mecanismos e procedimentos de forma democrática, garantindo a essência do direito

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3º Turma). Recurso Especial no 1.495.920-DF (20140295300-9). Recorrente: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Recorrido: Emerson Martineli Rodiguero. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920->

[df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202ref=juris-tabs](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923202/ref=juris-tabs)> Acesso em 03 de abril de 2021.

material objeto do litígio, viabilizando a cooperação e a autocomposição, nos limites da autonomia da vontade das partes, além de observar e respeitar a garantia e a satisfação da tutela jurisdicional, quando tratar de situações processuais, sobretudo, dentro de um prazo razoável.

Nesse sentido, a despeito da impossibilidade do esgotamento do tema abordado, tendo em vista as diversas dúvidas e inquietações que traz consigo, principalmente por se tratar de um assunto tão recente e amplo, conclui-se que os negócios jurídicos processuais, principalmente no que diz respeito à sua incidência na execução trata-se de inquestionável instrumento facilitador as relações processuais, o qual será amplamente aclarado e compreendido por meio das práticas negociais e do desenvolvimentos de jurisprudências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Ed. Ícone, São Paulo, 1995.

- BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

____. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Medida Provisória 2.200 de 28 de junho de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2200-28-junho2001-334520-publicacaooriginal-1-pq.html>> Acesso em: 03 de abril de 2021.

____. Projeto de Lei nº 2.359/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251396>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

____. Superior Tribunal de Justiça (3º Turma). Recurso Especial no 1.495.920-DF (20140295300-9). Recorrente: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Recorrido: Emerson Martineli Rodiguero. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920-df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202ref=juris-tabs>> Acesso em 03 de abril de 2021.

- CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 67, jan./mar. 2018. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie_Didier+Jr_%26_Antonio_do_Passo_Cabral.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

____. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.

____. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Ed. Atlas, São Paulo, 2ª Edição, 2016.

- CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- CJF Enunciados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/425>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Volume 1. 14ª edição. Bahia, editora JusPodivm, 2012.

____. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm, Salvador, 2013.

____. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. Cap. 1 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm. 2015.

____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF>. Acesso em: 02 fev. 2021.

____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017.

____. Curso de direito processual civil: Execução. In: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira, Ed. JusPodivm, Salvador, 2017.

- DIDIER JR., Fredie, CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista de Processo, vol. 275, ano 43, Ed. RT, São Paulo.

- ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil30102017>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

- GUELFÍ, Airton Roberto. Análise de elementos jurídico-tecnológicos que compõem a assinatura digital certificada digitalmente pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil – ICP-Brasil. 2007, 121 p. Monografia – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3142/tde-26072007164132/publico/DissertacaoAirtonRobertoGuelfi.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. V. 18, nº 70, 2015.

- HUMBERTO, Teodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil, volume I, 56ª Edição, Editora Forence Gen, Rio de Janeiro, 2015.

- JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. 3, 2016.
- LUCCA, Rodrigo Ramina. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020.
- MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova, Revista dos Tribunais online, vol. 241.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico - Plano de existência. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>>. Acesso em: 15 out. 2020.
- MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. Revista de Direito do Consumidor, v. 48, out/dez 2003.
- MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo. n. 33, 1984.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2017.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. Negócio Jurídico Processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorando em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Direito Processual Civil Contemporâneo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- WAGNER, Gerhard. ProzeBvertrage: Privatautonomie im Verfahrensrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2, Revista dos Tribunais.

A LEGALIZAÇÃO DA MACONHA: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

VALDERI SILVA SOUZA:
Bacharelado em Direito pela Ulbra
Manaus (Centro universitário
Luterano de Manaus)

IGOR DIETER PIETZSCH
(orientador)

RESUMO: A legalização da maconha (*Cannabis sativa*) levanta grandes debates e polêmicas, uns defendendo a liberação por inúmeros fatores, outros se posicionando de forma contrária por vários fatores, em alguns casos sendo os mesmos fatores, apresentados de forma contrária em cada argumento. Assim como todo debate controverso teremos pontos positivos e pontos negativos com a liberação da maconha no Brasil, daí veremos de forma sucinta esses fatores e seus defensores. Para aqueles que defendem que a maconha traz malefícios aos usuários, teremos os seguintes fatores: Perda da memória, comportamentos violentos ou esquizofrenia, dentre outros, devido à ação direta no cérebro das suas substâncias químicas, tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CBD). Para os adeptos e favoráveis a liberação da maconha, afirmam que tanto o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CBD), apresentam efeitos benéficos para o corpo como relaxamento e sensação de bem estar, e por isso, são utilizados como remédios na medicina para o tratamento de esclerose múltipla, doença de Parkinson ou epilepsia. Frente aos argumentos travaremos um debate jurídico e social em relação ao tema respeitando as divergências que encontraremos ao logo de todo artigo.

Palavras-Chaves: Maconha; benefícios; malefícios; saúde.

ABSTRACT: The legalization of marijuana (*Cannabis sativa*) raises great debates and controversies, some defending the release by numerous factors, others positioning themselves in an opposite way for several factors, in some cases being the same factors, presented in an opposite way in each argument. As with any controversial debate, we will have positive and negative points with the release of marijuana in Brazil, then we will briefly see these factors and their advocates. For those who defend that marijuana brings harm to users, we will have the following factors: Memory loss, violent behavior or schizophrenia, among others, due to the direct action on the brain of its chemicals, tetrahydrocannabinol (THC) and cannabidiol (CBD). For those who favor the release of marijuana, they claim that both tetrahydrocannabinol (THC) and cannabidiol (CBD) have beneficial effects for the body, such as relaxation and a feeling of well-being, and therefore, they are used as remedies in medicine for the treatment of multiple sclerosis, Parkinson's disease or

epilepsy. Faced with the arguments, we will engage in a legal and social debate on the topic, respecting the divergences we will find throughout the article.

Key words: Marihuana; benefits; harm; health.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo de conquistas lentas e dolorosas de nossos ancestrais, em prol de liberdades individuais e coletivas, as quais nos trouxeram direitos que até então éramos destituídos dos mesmos, para só então chegarmos ao tão sonhado e esperado país democrático, e hoje poderemos exercer todos esses direitos constitucionais e legais, e fazer tudo que a lei não proíba, mas, mesmo com toda essa conquista histórica, ainda vivemos dilemas que parece que nunca terão fim, algo imaginável em épocas remotas de que poderíamos enfrentar em pleno século XXI.

Ao falarmos de dilema, levantaremos a discussão sobre o uso da maconha, sobre os pontos positivos e negativos, visto que há tempos travou-se um duelo sobre a liberação da mesma, ou seja, a descriminalização do uso desse produto, e embora se conheça praticamente todos ou até mesmo todos os pontos positivos e negativos, a questão se arrasta anos a fio. Por conta dessa divergência é que se achou de fundamental importância trazer tal tema para um debate acadêmico e social, onde teremos opiniões de vários doutrinadores e de cidadãos comuns.

Durante toda a pesquisa buscamos coletar a opinião dos entrevistados em relação ao tema, e se os mesmos conhecem os benefícios e malefícios da droga na vida do ser humano, e percebemos que a grande maioria dos entrevistados pouco sabe sobre a Cannabis sativa, alguns defendem a liberação ou não, simplesmente por questões particulares, pessoais ou até mesmo por uma situação de preconceito, algo que foi enraizado em nossa cultura ao longo de décadas.

Ao usarmos a palavra droga, faremos menção à lei 11.343/2006, a qual trata sobre o tráfico e uso ilícito de entorpecente no Brasil, e em alguns momentos nos valeremos da lei acima citada, para trazermos conceitos e tipificações legais a respeito do tema em comento.

A lei de drogas traz em seu artigo 28 a tipificação do crime de uso de entorpecente e juntamente as suas penalidades, algo que para muitos chega a ser novo, ou até desconhecido, pois boa parte da sociedade acredita que uso da maconha não é mais crime, mas se pararmos para analisar o artigo acima citado ver-se-á que não tivemos descriminalização como muitos acreditam e, o que na verdade ocorreu foi uma descarcerização, vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

2. A História e origem da Maconha

Maconha, a droga mais polêmica do mundo possui seu primeiro registro em 27.000 a.C. A planta tem origem no Afeganistão e era também utilizada na Índia em rituais religiosos ou como medicamento. Na mitologia, a Cannabis era a comida preferida do deus Shiva. Portanto, tomar *bhang*, uma bebida que contém maconha, seria uma forma de se aproximar da divindade. Na tradição Mahayana do budismo, fala-se que antes de Buda alcançar a iluminação, ficou seis dias comendo apenas uma semente de maconha por dia e nada mais. Como medicamento a planta era usada para curar prisão de ventre, cólicas menstruais, malária, reumatismos e até dores de ouvido. Há quem negue a história do Buda, mas há quem afirme.

Romanos e gregos usavam-na para a fabricação de tecidos, papéis, cordas, palitos e óleo. Heródoto, o pai da História, menciona a utilização do cânhamo (presente no caule da maconha), para fazer cordas e velas de navios. Inclusive, é bom mencionar o quão presente esta planta esteve na formação do Brasil, pois as velas e cordas das caravelas portuguesas que aqui chegaram também eram feitas de cânhamo, assim como muitas vestimentas dos portugueses.

O cultivo da maconha se expandiu da Índia para a Mesopotâmia, depois Oriente Médio, Ásia, Europa e África. Na renascença a maconha tornou-se um dos principais produtos agrícolas europeus, sendo pouco usada como entorpecente. Johannes Gutenberg, inventor do gráfico alemão, teve sua maior e mais famosa obra, (a Bíblia de Gutenberg), a primeira Bíblia impressa, foi feita com papel de cânhamo. Irônico, né? Com a "Santa Inquisição", os católicos passaram a condenar o uso medicinal da maconha, diziam que era feitiço feito por "bruxas", estas por sua vez foram queimadas por usarem a planta no feitiço de remédios.

Na Belle Époque (final do século XIX), a maconha virou moda entre os artistas e escritores franceses, mas era também utilizada como fármaco para dilatar brônquios e curar dores. Dentre os intelectuais que chapavam podemos citar: Eugene Delacroix, Victor

Hugo, Charles Buadelaire, Honoré de Balzac e Alexandre Dumas. Eles se reuniam para fumar haxixe e pesquisavam sobre o efeito da droga no tratamento de doenças mentais. Nessa época o Brasil vendia cigarros de maconha em farmácias!

A maconha foi trazida para a América do Sul pelos colonizadores e as primeiras plantações foram feitas no Chile, por espanhóis. No Brasil, como já citei, além das caravelas, durante o século XVI os escravos africanos traziam-na escondida na barra dos vestidos e das tangas, para que fossem usadas em rituais de Candomblé. Outra possibilidade da Cannabis ter chegado até o nosso país é através dos marinheiros portugueses. Vale lembrar que a afirmativa de que a planta tenha sido trazida por africanos muitas vezes repercutiu como forma de preconceito, e nada prova que ela não possa ter sido trazida por marinheiros portugueses. Inclusive o uso de cachimbos d'água, principal técnica utilizada para fumar a erva até a primeira metade do século XX, teria sido introduzida pelos portugueses, estes por sua vez haviam trazido o hábito das culturas canábicas com as quais tiveram contato na Índia.

Em 1783, o Império Lusitano instalou no Brasil a Real Feitoria do Linho-cânhamo (RFLC), uma importante iniciativa oficial de cultivo de Cannabis com fins comerciais por causa da demanda de produtos a base de fibras. Segundo historiadores e pesquisadores estudiosos da área, há inúmeros indícios de que Portugal investiu alto na plantação de marijuana no Brasil. Para que isso ocorresse, a Coroa financiou não só a introdução, mas também a adaptação climática da espécie em Hortos de Estados como o Pará, Amazônia, Maranhão, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Bahia.

O que aconteceu para que a maconha se tornasse tão repudiada?

No século XX, a maconha ainda era uma droga lícita e economicamente positiva, mas se tornou pouco aceita por representar as baixas classes sociais, pois a erva representava as raízes culturais do continente africano. Vale destacar que até então, colonizadores, senhores de engenho e agentes do Império Lusitano já estavam habituados com o cultivo e uso da erva, mas o preconceito foi mais forte.

O primeiro documento proibindo o uso da maconha foi da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 1830. Este documento penalizava o uso da erva, mas não houve repercussão sobre o assunto. Porém, no início do século XX, com a industrialização e urbanização, o hábito de "puxar um", ganha adeptos, além de ex-escravos, mestiços, índios e imigrantes rurais, os moradores dos meios urbanos passaram a utilizar a Cannabis, e é aí que autoridades começam a se preocupar com a repercussão da droga.

Apesar de a planta ser utilizada como matéria-prima para fibra têxtil principalmente da elite, sua imagem ficou marcada e associada pelos pobres, negros e indígenas. No final

do século XIX e início do XX, o processo de urbanização fez com que a população imigrante fosse vista como fonte de problema sanitário. Grupos higienistas e médicos passaram a estudar e controlar a população através de instituições específicas. Criaram-se delegacias, Inspetoria de Entorpecentes, Tóxicos e Mistificações, que era responsável por reprimir práticas religiosas africanas ou indígenas, em geral, consideradas como feitiçaria, candomblé ou magia negra. A capital brasileira tinha que servir de modelo, e desta forma a população pobre que vivia nos centros urbanos passaram e ser perseguidas, tiveram suas casas e cortiços destruídos, passaram assim dos centros para as margens da cidade, formando as famosas favelas do Rio de Janeiro.

Um fato curioso não confirmado: em 1924 o repudio contra a maconha piorou, e querem saber o pior? O culpado disso tudo foi um brasileiro! Durante uma reunião da Liga das Nações (antecessora da ONU), governantes estavam reunidos para discutir sobre o ópio, porém, o colega brasileiro aproveitou o momento para fazer um discurso sobre a maconha, afirmando que a droga matava mais que o ópio. Pode isso?! E foi desta forma que a maconha entrou na lista das substâncias passíveis de punição. Já com a ONU formada, em 1961, a maconha, junto com a heroína, foram consideradas as drogas mais perigosas e nocivas. Porém, são justamente nos anos 60, do Movimento Hippie, que fizeram as drogas serem mais difundidas e vistas como combustível criativo.

Nos EUA, o dia 20 de abril é comemorado como o Weed Day, ou Dia da Erva, em português. A data foi criada por estudantes da San Rafael High School em 1971, e acabou evoluindo para um feriado da contracultura, sendo dia para manifestações e eventos favoráveis à legalização.

2.1. QUESTIONÁRIO

- Você conhece a origem da maconha no Brasil?
- Você acha que usar maconha é coisa de vagabundo?
- Se a maconha fosse liberada, você usaria?
- Você é contra ou a favor a liberação da maconha no Brasil? E por quê?

2.2. AMOSTRAGEM

Para verificar com maior "precisão", os dados da pesquisa, passaremos a analisar o número de entrevistado e suas opiniões e conhecimento sobre o tema em comento, através do questionário feito para esse fim.

A entrevista foi feita no bairro Cidade Nova, Zona norte de Manaus-Am, onde tivemos o resultado abaixo mostrado na tabela, mas, é óbvio que se a entrevista fosse numa outra Zona, poderíamos ter resultados completamente diferentes, ou não, mas o fato é os dados aqui presentes não retratam a totalidade da Zona entrevistada e muito menos da capital Manaus.

TABELA 01

legalização da maconha: uma análise dos impactos positivos e negativos			
PERGUNTAS	IM	ÃO	UTROS
Você conhece a origem da maconha no Brasil?	3	4	3
Você acha que usar maconha é coisa de vagabundo?	7	5	7
Se a maconha fosse liberada, você usaria?	1	2	7
Você é contra ou a favor a liberação da maconha no Brasil? E por quê?	2	5	2

100 pessoas foram entrevista no Núcleo 15 do bairro Cidade Nova.

De acordo com a tabela acima podemos perceber a divergência de opiniões a respeito do tema, sendo que como já dito a amostragem não retrata de forma fidedigna o pensamento daquela Zona, visto que foram entrevistadas apenas 100 pessoas as quais algumas autorizaram expor seus argumentos, no presente Artigo Científico.

Vejamos o que alguns dos entrevistados relataram quando indagados sobre as perguntas:

A senhorita Viviane Costa relatou da seguinte forma: - "É uma questão muito complexa, não sou fumante, e olhando por esse ângulo sou contra a legalização, porque o país não está preparado para essa mudança em relação à descriminalização, em consequência disso! O Estado não teria controle sobre os indivíduos quanto ao consumo da maconha. De certa forma tendo uma visão mais ampla, não acho que estamos vencendo o tráfico, posso afirmar que sou a favor da descriminalização com regulamentação, e com isso o Estado passaria a arrecadar impostos, o sistema prisional seria afetado com a diminuição da população carcerária tendo influência também na redução da criminalidade em relação ao tráfico de drogas. Na atualidade não estamos tendo bons resultados com a criminalização, vivemos no meio de uma guerra sem limites afetando tão somente o país assim como suas fronteiras."

O senhor Ailton Pinheiro, disse: - *“Sou totalmente contra o uso de qualquer droga, visto que tenho viés religioso e segundo a Bíblia essa prática não provém de Deus, mas do inimigo de nossas almas, e além do mais, o vício só leva a perdição, e podemos observar como os “noiados” vivem, agora imagine se a maconha fosse liberada, pois com a polícia trabalhando 24 horas na busca de acabar com o tráfico, já estamos nesse nível, imagina se for liberado, no meu ponto de vista seria um caos”.*

O senhor Edcarlos Paiva se posicionou da seguinte forma: - *Sou a favor da liberação da maconha, pois acredito que deva ser respeito à liberdade individual e coletiva existente no artigo 5º da Constituição Federal, onde o Estado não deva intervir nas ações praticadas pelos cidadãos em que não venham ferir o princípio da alteridade ou da lesividade, acredito que essa conduta surtiria efeito direto no tráfico ilícito e com isso teríamos uma redução exorbitante nas sequelas inerente ao uso da substância, pois a mesma passaria por um controle de qualidade, com isso o Estado passaria a ter maior controle de seus usuários (doentes), pessoas essas que necessitam de ajuda, assim como um alcoólatra, essa talvez seja a melhor saída.*

3. METODOLOGIA

A metodologia que foi utilizada para a conclusão do artigo científico foi à pesquisa de campo, onde buscamos conhecer com a sociedade se comporta frente ao uso e aceitação ou não da maconha, posteriormente seguimos com a coleta de dados, através de entrevistas e conversas informais, daí tivemos vários comentários, e conseqüentemente opiniões divergentes.

Usou-se como complemento a pesquisa de campo, a análise documental, principalmente os boletins de ocorrências envolvendo os usuários de entorpecentes, e encontramos várias pessoas que já foram “presas” por praticarem tal conduta, daí surge o grande questionamento, se tal comportamento seria uma afronta às leis estatais ou simplesmente uma demonstração que as leis não acompanham a evolução social.

Como método de pesquisa, nos valem do método Indutivo, o qual parte de uma observação para chegar a uma conclusão a respeito do tema em análise, e realmente alcançamos respostas, como esperando, bem diferentes, mas, algo em comum foi percebido, o preconceito, seja voluntário ou involuntário.

4. DESENVOLVIMENTO

O assunto drogas, sempre levanta polêmica, a maconha em especial, pois já tivemos a mesma como algo lícito, e atualmente temo-la como ilícita, além disso, temos certa tendência para a descriminalização, por outro lado um consumo cada vez maior, o que

gera uma falsa impressão que não seja mais crime o uso da maconha, mas como já visto, ainda continua tipificada e penalizada.

O maior consumo de drogas ilegais ocorre na faixa etária dos jovens, entre os de baixa escolaridade e em grupos étnicos socialmente excluídos como, por exemplo, o de afrodescendentes (MELTZER et al., 2002; MENEZES & RATTO, 2004; JAFFE & ANTHONY, 2005; SAMHSA, 2006).

Frente ao comentário do autor, discordamos completamente, pois tal comentário se pauta em viés preconceituoso e sabemos disso, pois temos muitos casos de usuários de maconha, que moram em bairros nobres e outros tantos que não são negros e nem vivem esquecidos pelo Estado, mas, somente ou quase sempre esses mencionados pelo autor acima é que sofrem a reprimenda estatal, e com isso acabam por titular o uso de drogas a tais pessoas, por conta de sua condição social, cor ou outra qualidade preconceituosa.

Muitas drogas psicotrópicas são adquiridas sem prescrição médica ou fora da farmácia em outros países (GUL et al., 2007) e também no Brasil (LIMA et al., 2003). O preço da droga interfere na decisão de abusar de drogas de prescrição e é sabido que usuários de substâncias ilícitas frequentemente compensam a redução da oferta de drogas por medicamentos com efeitos similares (SIMEONE & HOLLAND, 2006).

Os autores acima demonstram de forma implícita que somente a legalização da maconha não traria um efeito esperado, pois como mencionado à corrupção em nosso país corre nas veias da sociedade de forma quase que geral, e isso interfere diretamente em nossas políticas públicas, pois como uma sociedade corrupta jamais terá políticos ou qualquer outro representante honesto, visto que esses homens saem do seio dessa sociedade, então ainda frente aos comentários dos autores, a saída não seria somente a legalização ou não, mas sim investimentos, principalmente na Educação, a base de toda sociedade.

Na Holanda, onde a venda de maconha foi autorizada na prática e sem muito alarde nos anos de 1970, não houve um "boom" no uso. Pode-se comprar a planta em lojas especiais a partir dos 18 anos. Já a compra e venda da maconha em qualquer outro lugar é ilegal. O cultivo e a venda por atacado de maconha são igualmente "tolerados" em pequenas quantidades, algo aproximado em 5 gramas. Embora o uso ao ar livre seja proibido, ele também é "tolerado" na maioria dos locais. Assimsendo, a maconha não é legalizada, mas o sistema descriminalizou o usuário e regularizou a venda de pequenas quantidades em condições restritas. Por

outro lado, tanto a posse quanto o comércio, o transporte e a produção de todas as outras drogas são expressamente proibidos e reprimidos com eficiência - as penas podem chegar aos 12 anos de prisão (G1, 2013).

Como podemos observar existem várias ou algumas formas de buscar uma melhor solução para o consumo de maconha, o que não se generaliza as demais drogas, e que com políticas públicas adequadas a cada sociedade, poderemos ou talvez não, ter a referida droga liberada com certas restrições, jamais sabemos os pontos positivos ou negativos se não dermos o primeiro passo, mas é até compreensivo, pois o ser humano teme o desconhecido, mas não devemos, nem podemos nos prender a prognósticos e viver baseado em suposições.

O principal motivo do uso indiscriminado da maconha é a sensação que ela proporciona aos seus usuários: estado alterado de consciência, euforia, disforia, alterações na percepção do tempo, perda nas funções sensoriais simples, como comer, assistir televisão e ter relações sexuais. Porém pode haver crises de ansiedade, ataques de pânico, e alucinação até mesmo em usuários mais experientes (FIGLIE; BORDIN; LARANJEIRA apud AMBROSIO, 2009).

Assim como toda droga, a mesma só é consumida, pois oferece ao usuário estado até então não alcançados em sua sobriedade, e o autor acima citado, relata isso de forma bastante explicativa, e *“é sabido que a busca pelo ápice do primeiro prazer é que leva ao usuário a continuidade e sempre querer usar mais e mais, pois acredita que se usar um pouco mais, sentirá o mesmo prazer que sentiu na primeira vez, mas isso é utópico, pois jamais se alcançará novamente o primeiro prazer”*.

Percebemos que a discussão ganha vários caminhos, entre os fatores positivos e negativos, buscando fundamentação nas mais diversas áreas sociais e não somente jurídica, pois é sabido que todo debate jurídico é em primeiro momento social, verificando como a sociedade entende determinado comportamento, para só então, receber viés legislativo.

Quantitativamente, na literatura americana, beber pesado é definido como três ou mais doses por ocasião para mulheres ou cinco ou mais doses para homens (NIAAA, 2003).

Aqui a autora traz um comentário implícito sobre o uso ou não de drogas, e até mesmo o que se pode conceituar em uso, pois a depender da quantidade, da forma de aquisição da necessidade da substância, situações iguais terão conceitos totalmente

diversos, e é isso que devemos observar, pois segundo o princípio da Equidade, devemos tratar os desiguais em suas desigualdades.

Beber problemático é o consumo de duas doses (1 dose = 50 ml de álcool a 40%; 350 ml de cerveja a 5%; 150 ml de vinho a 12%; 75 ml de Martini, ou seja, 12-14 g de álcool) para mulheres e três ou mais para homens, uma ou mais vezes por semana acompanhado de ao menos um dos seguintes critérios: vivência de alguma consequência negativa nos últimos doze meses ou qualquer critério de dependência (NIAAA, 2003).

Segundo Adriano Andrade, “a legalização trará perdas irreparáveis nos lucros dos que ganham em cima da comercialização de programas, como o anti-cracks”. O mesmo relatou que a comercialização ilegal da maconha é propícia aos interesses de alguns setores públicos. Ainda cita algumas doenças, que poderiam ser tratadas com uso moderado da maconha e de seus derivados.

- HIV: doses regulares de THC podem modificar a contagem de células T e diminuir o dano ao tecido imune em primatas infectados;
- Obesidade: a prevalência de obesidade é menor entre consumidores de *Cannabis*;
- Cabeça e pescoço: usuários de maconha moderados têm menor risco de câncer de cabeça e pescoço;
- Convulsões: a *Cannabis* é um tratamento altamente eficaz para prevenir convulsões crônicas por conta das propriedades anticonvulsivantes de dois agentes químicos da planta;
- Degeneração cerebral: os canabinóides reduzem os efeitos do envelhecimento cerebral;
- Inflamação do cérebro: o THC e CBD são neuroprotetores antioxidantes importantes, iguais aos demais medicamentos, mas sem os efeitos secundários prejudiciais;
- Doença autoimune: o THC pode modificar o DNA para reduzir as reações autoimunes, como a inflamação crônica;
- Câncer: seis canabinóides diferentes combatem o crescimento de células cancerígenas;

- Doença cardíaca: baixas doses de THC podem ajudar a prevenir doenças cardíacas;
- Transtorno de estresse pós-traumático: provoca um desequilíbrio de canabinóides no cérebro, que podem ser reequilibrados com o uso da maconha;
- Osteoartrite: a *Cannabis* reduz a dor causada pela Osteoartrite e corrige um desequilíbrio de receptores de canabinóides no cérebro;
- Doença de Crohn: HIGH-THC *cannabis* tem a capacidade de colocar a doença de Crohn em remissão, e é um tratamento eficaz, sem os efeitos colaterais negativos dos tratamentos tradicionais de esteroides;
- Diabetes: os diabéticos que usam maconha regularmente têm níveis mais baixos de insulina de jejum;
- Danos cerebrais relacionados com Meth: Delta-9-THC reduz o efeito de neurotoxicidade causado pelo uso prolongado de metanfetamina;
- Alzheimer: a *cannabis* é uma terapia promissora para desfazer seus efeitos degenerativos;
- Depressão: a *cannabis* tem ajudado muito no combate a esse quadro;
- Efeitos colaterais de quimioterapia: a *cannabis* trata os efeitos colaterais como náuseas e perda de apetite, sem inibir a eficácia da quimioterapia na luta contra o câncer;
- Glaucoma: a *cannabis* reduz a pressão intraocular;
- ALS (doença de Lou Gehrig): a *cannabis* pode corrigir desequilíbrios no sistema endocanabinoide que coincidem com a degeneração neurológica;
- Apneia do sono: a *cannabis* estabiliza o sistema nervoso autônomo involuntário durante o sono, reduzindo os distúrbios respiratórios do sono;
- Esclerose múltipla: extrato de *cannabis* pode diminuir a frequência dos espasmos e diminuir a imobilidade causada por essa doença;
- Transtorno bipolar: quem apresenta esse quadro clínico e utiliza a *Cannabis* obtém melhor função cognitiva do que aqueles que não a usam.

Baltieri (2015, p.01) comenta a seguir os principais argumentos para a proibição e para a legalização.

Entre os argumentos para a proibição, temos:

- Usuários de drogas podem causar danos e sofrimentos a si mesmos e a outras pessoas;
- O uso das drogas provoca aumento nos gastos com a saúde pública;
- Os usuários de drogas são menos produtivos e têm maior chance de morte prematura;
- Os usuários de drogas devem ser protegidos contra eles mesmos, na medida em que eles atuam de forma autodestrutiva;
- O consumo de drogas é um comportamento “contagioso”.

Entre os argumentos para a legalização, temos:

- Redução da população carcerária;
- Prevenir muitos crimes relacionados às drogas, tais como roubos, furtos e o próprio tráfico;
- Enfraquecer um dos principais pilares do crime organizado;
- Redirecionar os esforços dos policiais no combate ao crime.

Entre pontos positivos e negativos sobre a liberação da maconha seguimos na incerteza de qual seria a melhor saída, visto os diversos comentários e argumentos científicos e doutrinários a respeito, mas o fato é, devemos respeitar as pessoas por suas diferenças e sua forma de interpretar temas que temos entendimento contrário, é isso que nos faz ser humano.

5. CONCLUSÃO

Com referência a tudo que foi exposto ficou nítido que esse tema está longe de chegar a um ponto final, pois há diversidade de opiniões das mais diversas áreas do conhecimento, mas uma certeza se pode ter a partir do tema abordado, que embora a Cannabis Sativa seja vista como vilã, a mesma apresenta vários benefícios à saúde, e que só não é aproveitada em sua totalidade por conta de uma política criminal, que se baseia em prognósticos e com isso prefere não arriscar um “caos”.

A celeuma da liberação ou não da maconha, pauta-se também na problemática violência, pois aqui a opinião mais uma vez se divergem, uns acreditam que com a liberação teremos um aumento exorbitante em relação à violência das mais diversas formas. Outros acreditam que com a liberação da maconha teremos a desestruturação dos traficantes e uma redução gritante em relação à violência proveniente do tráfico ilícito, dessa forma, jamais teremos uma resposta concreta, pois ambas as posições baseiam-se em suposições, mas o fato é, e se formos compararmos a experiência de outros países? Uns tiveram bons resultados, outros já nem tanto assim, então só nos resta aguardar o nosso momento na história o qual vivermos essa mudança, ou ainda viver na incerteza que poderia da certo ou não.

6. REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Milca. **O efeito da legalização da maconha na nossa sociedade.**

Monografia. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://siaibib01>.

Univali.br/pdf/Milca%20Ambrosio.pdf. Acesso em: 11/01/2015.

BALTIERI, Danilo. **Polêmica:** maconha deve ser descriminalizada e legalizada? Disponível

em: http://www2.uol.com.br/vyaestelar/marcha_da_maconha.htm. Acesso em:

07/01/2015.

G1 (Brasil). **Veja como é a legislação relativa à maconha em outros países.** 2013.

Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>. Acesso em: 21/11/2014.

GUL, H. [et al]. Nonprescription medication purchases and the role of pharmacists as healthcare workers in self-medication in Istanbul. **Med. Sci. Monit.** 2007, 13: 9-14.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

JAFFE, J. H.; ANTHONY, J. C. **Substance-related disorders:** Introduction and overview.

In: SADOCK, B. J.; SADOCK, V. A. Kaplan & Sadock's Comprehensive Textbook of Psychiatry. 2005.

LARANJEIRA, Ronaldo. **Legalização de drogas no Brasil:** Em busca da racionalidade perdida. Artigo. Disponível em:

http://www.sobresites.com/dependencia/pdf/LegalizacaoXRa_cionalidade.pdf. Acesso em: 05/01/2015.

LIMA, M. S. [et al]. Gender differences in the use of alcohol and psychotropic in a Brazilian population. **Subst Use Misuse.** 2003. 38: 51-65.

MELTZER, H. [et al]. **The Social and Economic Circumstances of Adults with Mental Disorders**. London: HMSO, 2002.

MENEZES, P. M.; RATTO, L. R. C. Prevalence of substance misuse among individual with severe mental illness in São Paulo. **Soc Psychiatry Psychiatric Epidemiol**. 2004, 39: 212-7.

NIAAA. National Institute of Alcohol Abuse and Alcoholism. Underage drinking: a major public health challenge. **Alcohol Alert**. 2003, 59:1-4.

SAMHSA. Substance Abuse and Mental Health Services Administration. **A Guide to Substance Abuse Services for Primary Care Clinicians**. Md: US Dept of Health and Human Services. DHHS publication SMA 97-3139. Treatment Improvement Protocol Series, No. 24, 1997.

SIMEONE, R.; HOLLAND, L. **An evaluation of prescription drug monitoring programs**. Columbia: Project sponsored by the United States Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Assistance, 2006.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

AMANDA ALEGRIA QUERUBIM:
bacharelanda em Direito pelo IESB Instituto
de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO⁴⁷

(orientadora)

RESUMO: Hodiernamente muito se tem visto demandas judiciais e administrativas no poder judiciário, referente ao código de defesa do consumidor. O artigo em questão, analisa a Responsabilidade civil dos fornecedores em face do artigo 14, inciso 4 do código de defesa do consumidor. Tendo como fundamento a dicção legal, jurisprudencial e doutrinaria, conceituando a Responsabilidade civil, possível relação de consumo, bem como fornecedor, consumidor; detalhar historicamente a evolução, pressupostos e características no que diz respeito ao tema proposto. Tem como principal objetivo analisar a responsabilidade civil dos fornecedores, ampliar a responsabilidade civil em razão de vício do produto nas principais relações de consumo. Referente a metodologia, utilizou – se a pesquisa bibliográfica, qualitativa; que possui uma ligação entre o sujeito e o mundo real, não sendo traduzidos em números; não sendo necessário técnicas e estudos estatísticos. Podendo garantir as investigações que conduzem um sistema científico. Constatamos que o assunto é de suma importância dentro do ordenamento jurídico, uma vez que promove a consciência referente a responsabilidade de produtos adquiridos com vícios pelos consumidores. Com base nas considerações aqui expostas, conclui – se que a análise do referente artigo é importante para mostrar aos consumidores, os seus direitos como “compradores virtuais”. A finalidade é levar a informação e ao conhecimento destes, os direitos/deveres do usuário de um ambiente de compras virtual. A importância é grande, pois cresce o número de usuários que compram pela internet e que precisam fazer valer os preceitos legais e jurisprudenciais que tratam do assunto, uma vez que são muitas as demandas de reparação e indenização. Voltando – se para análise da responsabilidade Civil em face do código de Defesa do Consumidor, como meio de garantir a reparação do prejuízo causado à parte.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação de consumo. Vício.

ABSTRACT: Today, a lot has been seen of judicial and administrative demands in the judiciary, regarding the consumer protection code. The article in question analyzes the civil liability of suppliers in view of article 14, item 4 of the consumer protection code. Based on

⁴⁷ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

legal, jurisprudential and doctrinal diction, conceptualizing civil liability, possible consumption relationship, as well as supplier, consumer; Detail historically the evolution, assumptions and characteristics regarding the proposed theme. Its main objective is to analyze the civil liability of suppliers, expand civil liability due to product addiction in the main consumer relations. Regarding the methodology, a bibliographic, qualitative research was used; that has a connection between the subject and the real world, not being translated into numbers; No statistical techniques and studies are needed. Being able to guarantee the investigations that lead a scientific system. We found that the matter is of paramount importance within the legal system, since it promotes awareness regarding the responsibility of products purchased with addictions by consumers. Based on the considerations presented here, it is concluded that the analysis of the referred article is important to show consumers, their rights as "virtual buyers". The purpose is to bring the information and knowledge of these, the rights / duties of the user of a virtual shopping environment. The importance is great, as the number of users who buy over the internet grows and who need to enforce the legal.

KEYWORDS: Civil liability. Consumer relationship. Addiction.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, tem como destaque realizar um estudo referente a Responsabilidade Civil dos fornecedores em face do código de defesa do consumidor, com a finalidade de levar a informação e o conhecimento destes, os direitos/deveres do usuário em um ambiente de compras, tendo como base o ordenamento jurídico, doutrinário e as legislações brasileiras.

Diante dos avanços consumeristas e jurídicos, presenciados nas relações de consumo diariamente, temos avanços nas descobertas, quanto as formas de produzir, criar, construir, montar, transformar, distribuir, reformar ; Avanços que permitem analisar bibliografias já existentes a respeito da responsabilidade civil que cabe aos fornecedores diante de um prejuízo causado ao consumidor. Seguindo a legislação consumerista que mostra, mas de uma vez como o consumidor é uma parte hipossuficiente e vulnerável.

A responsabilidade civil dos fornecedores, envolve interesse de vários seguimentos sociais, como a proteção dos direitos do consumidor pelo Estado, responsabilidade do fornecedor diante do produto que se oferece para consumo, independentemente de ser comerciante, produtor , exportador, importador ou qualquer qualificação que seja elencado no código de proteção e defesa do consumidor; Elencar também a fiscalização dos produtos comercializados por parte do próprio fornecedor ou pelos órgãos de proteção. Podendo assim o consumidor se nortear e ter conhecimento dos direitos, para que não fique no prejuízo, já que o mesmo é considerado vulnerável e hipossuficiente.

No Brasil, a responsabilidade civil dos fornecedores, é fiscalizada, tanto pela legislação, como pelo código de defesa do consumidor e o poder judiciário, por ser um país de grande produção de produtos e serviços consumeristas.

Então, podemos considerar que o presente artigo é relevante para área acadêmica e jurídica, norteados novos acadêmicos.

Sendo assim, os resultados do presente trabalho visam amparar os consumeristas, com objetivo de estabelecer, imparcialmente argumentações referentes a responsabilidade civil dos fornecedores com embasamento legal no código de defesa do consumidor; demonstrar a evolução histórica do tema, identificar conceitos.

Demonstrando também o crescimento do interesse nas questões consumeristas, tais como a crescente importância da proteção dos direitos do consumidor, diante de práticas que não condizem com uma forma de consumo correta.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade é algo decorrente de regras distintas estabelecidas no meio social, em razão da frequência com que acontece os casos que ocorrem no cotidiano.

A partir dessa premissa, evidencia-se a responsabilidade de uma maneira geral, que nada mais é que o dever de cumprir com suas obrigações diante de seus próprios atos; Já a responsabilidade civil especificamente é a obrigação que o indivíduo que trouxe perda ou lesão a outrem, que terá por consequência reparar o dano. Passando por todas as implicações e fases do procedimento.

A responsabilidade civil é elencada no Código Civil de 2002, em seu artigo 186, que afirma: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Deve – se observar que a responsabilidade do fornecedor em relação aos danos causados pelo consumidor é objetiva, independentemente de culpa, com base no defeito, dano e nexos causal entre o dano ao consumidor e o defeito pelo serviço prestado.

Cabe assim ao fornecedor comprovar que o serviço foi prestado adequadamente, ou seja, sem defeito, conforme apresentado no Código de Defesa do Consumidor:

"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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I- o modo de seu fornecimento;
- II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III- a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990, p.04)

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Brasil, os primeiros indícios legislativos ou normativos que de alguma forma protegiam os consumidores remontam às Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916.

Também foi importante para a implementação na legislação brasileira de conceitos e institutos consumeristas o Código Comercial brasileiro, Lei 556/1850, que, de forma esparsa, disciplinava sobre direitos relativos a juros contratuais e criminalização da usura.

As mudanças ocorridas na sociedade, notadamente após a Revolução Industrial, caracterizadas pelo aumento do consumo de produtos e serviços, marcam o nascimento e o desenvolvimento do Direito do Consumidor no Brasil.

Essa nova realidade social, mais industrializada e consumista provocou a necessidade de se tutelar as relações travadas entre os fornecedores e os consumidores desses produtos e serviços.

Nesse contexto, adveio o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, cujo objetivo é restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, mormente pela

condição de vulnerabilidade atribuída ao consumidor frente ao poderio financeiro do fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa de ser o consumidor a parte mais fraca da relação contratual, impõe aos fornecedores de produtos e serviços, atuação limitada pelo princípio da boa-fé, responsabilizando-os pelos danos causados aos consumidores, de modo a combater os abusos decorrentes da atividade empresarial.

Direito do consumidor é importantíssimo na sociedade contemporânea para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana. É um campo jurídico destinado à proteção das relações de consumo de bens produzidos ou serviços oferecidos.

4.1 O princípio da “boa-fé”

A boa-fé é relevante e encontra-se presente em todos os ramos do direito, sobretudo no direito privado, inclusive pela origem do termo. Nas relações abarcadas pelo presente estudo, ou seja, relações de consumo, o princípio da boa-fé objetiva atua como uma estrada de mão dupla que une fornecedor e consumidor, evitando que a proteção concedida pelo CDC ao consumidor sirva de escudo para a busca da reparação de prejuízos para cuja produção tiveram participação decisiva.

A origem do princípio da Boa-Fé remonta ao direito Romano, que para regular o convívio humano começava a despertar a produção jurídica, tendo como base a sociedade da época.

Estado resultante de agir com honestidade, sinceridade, fidelidade. Presunção de agir de acordo com a lei. Um dos elementos necessários à formação de negócio jurídico de qualquer natureza, quanto à atuação das partes ou de uma delas, agindo se a intenção de causar prejuízo à outra ou a terceiro (SIDOU, 1999, p. 205).

4.2 Da responsabilidade por vício do produto e do serviço

A responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, também conhecidos como vícios de qualidade e quantidade, obriga e vincula, sempre de forma solidária, todos aqueles que participaram de alguma forma da cadeia de fornecimento, em razão de vícios ou defeitos, aparentes ou ocultos identificados em bens ou serviços, nos termos que daquilo que está positivado entre os artigos 18 e 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de não ter sido inserido nesta Seção III qualquer dispositivo que faça referências às situações excludentes de responsabilidade, é entendimento pacífico na doutrina que todas as situações previstas na Seção II são aplicáveis aos vícios dos produtos e serviço, sem exceções. Uma vez que, a responsabilidade objetiva do fornecedor é a regra, não há a necessidade do elemento culpa em sentido amplo, que engloba dolo e culpa.

Para gerar uma responsabilidade, se fara necessário a falta de cumprimento de um dever. No caso em comento, para que possa ocorrer a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, é que tenha um rompimento do dever de assegurar que o consumidor não sofra dano a sua integridade física, saúde e etc.

Corroborando ao tema, THOMAZ (2009, p.226), leciona que:

“O fato do produto pressupõe uma repercussão externa, causando dano, prejuízo ao consumidor, desfalcando seu patrimônio ou atingindo algum atributo moral”.

O fato do produto é causa externa, que causa dano material ou moral ao consumidor, que decorre de um defeito na fabricação ou na comercialização do produto.

Nunes (2004, p.167), de forma didática, instrui que:

“O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor. Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador. Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico mais amplo (seja moral, material, estético ou da imagem). Por isso, somente se fala propriamente em acidente, e, no caso, acidente de consumo, na hipótese de defeito, pois é ai que o consumidor é atingido”.

4.3 A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço

Referente ao vicio, este se encontra relacionado à qualidade ou quantidade do produto ou serviço. Nesse caso será responsabilizado quando ferir um dever de adequação, ou seja, o produto não estar seguindo todas as peculiaridades, frustrando assim a expectativa do consumidor. Essa responsabilidade tem natureza intrínseca, pois recai apenas sobre o produto e serviço.

O caput do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor [...]”.

Verifica – se que o legislador foi mais abrangente referente ao vício, alcançando não somente os vícios ocultos, mas os aparentes e de fácil constatação, bem como aqueles que estão em desacordo com os critérios e normas que regulamentam a fabricação, distribuição ou apresentação.

O professor Gabriel (2008, p.209), de forma simples e objetiva, nos diferencia o vício de qualidade para o vício de quantidade:

“Vício de qualidade diz respeito ao funcionamento do produto ou do serviço propriamente dito, tornando-os impróprios ou inadequados ao consumo, ou ainda lhes diminuindo o valor. Exemplo: data de validade vencida. E vício de quantidade diz respeito à qualidade de produto ou serviço ofertado e o efetivamente entregue e não correspondente, pode ser: no recipiente ou na embalagem; no rótulo; na publicidade; na apresentação; na oferta; no contrato; na consulta efetuada pelo consumidor”.

Quando verifica o vício de qualidade, o consumidor terá três possibilidades para ser ressarcido, conforme afirma o artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam:

§ 1º - “Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I- a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III- o abatimento proporcional do preço”.

A responsabilidade civil por vício não gera, como podemos observar, indenização pecuniária por danos causados aos consumidores, sendo diferente de quando ocorre a responsabilidade pelo fato. Dessa forma, a própria lei de proteção já define as alternativas de ressarcimento, sempre verificando o melhor para o consumidor.

O Supremo Tribunal de Justiça entende que após ciência do vício pelo fornecedor, devesse ser analisado o tempo de trinta dias para que o consumidor possa pleitear o seu

direito. Referente ao vício por quantidade o CDC traz o artigo 19, que inclui a possibilidade extra, que é a complementação do peso ou medida.

Diferente da responsabilidade pelo fato, que elenca no Código de Defesa do consumidor, que estabeleceu um prazo decadencial para o exercício de direitos decorrentes de vícios por qualidade e quantidade.

Se tratando de vício de fácil contestação, o Artigo 26, I e II do CDC descreve que:

“O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I- trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;
II- noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis”.

5 DEFINIÇÃO DE “CONSUMIDOR”

De acordo com Claudia Lima Marques, a definição de consumidor que se encontra respaldada na jurisprudência nacional é a concepção da teoria finalista:

Para os finalistas, pioneiros do consumeirismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4°.

Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Em seus estudos Marques (1992, p. 67) propõem, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2° de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4° e 6°.

Filomeno (2001, p. 32) corrobora tal entendimento:

“[...] consumidor é a parte vulnerável técnica e financeiramente, que, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços”.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a analisar a reponsabilidade civil prevista no código de defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90. A pesquisa é importante para mostrar aos

consumidores, os seus direitos como consumeristas. A importância é grande, pois cresce o número de usuários que compram pela internet.

Voltando-se para análise da responsabilidade Civil em face do código de Defesa do Consumidor, como meio de garantir a reparação do prejuízo causado à parte. O objetivo do Código de Defesa do Consumidor de trazer o bem estar da população consumerista preserva o equilíbrio de interesses, a troca de interesses entre fornecedores e seus consumidores é fundamental para a consecução de uma negociação límpida, saudável e para a própria manutenção do mercado de consumo.

O direito de um indivíduo se limita ao direito de outro, assim como seus deveres. O direito à vulnerabilidade do consumidor, por exemplo, deve se limitar ao resguardo da harmonia ou equilíbrio das negociações de modo geral.

Com o objetivo geral de demonstrar a vulnerabilidade do consumidor dentro do sistema de consumo. E em razão dela que foi editado o CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, que busca retomar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado.** 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: RT, 1999, p. 59.

ESTRELLA, Hernani. **Da teoria dos juro no Código Comercial.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 45, p. 397-428, 1949.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8. ed. Rio de Janeiro, 2004.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Extensão da cadeia de responsabilidade solidária – fato e vício do produto.** In Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; SAAD, Ana Maria. **Comentários ao código de defesa do consumidor e sua jurisprudência anotada.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3ª ed., Saraiva, 2010.

SIDOU, J.M. Othon et al. **Dicionário Jurídico.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso Avançado de Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. **Manual de direito do consumidor. 2.** Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira; Lições de direito do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUNES, Luiz A. Rizzatto; **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL: TRANSPARÊNCIA DO ORÇAMENTO E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 287/16

ILARA MARIA REIS COELHO:

Bacharelanda em Direito pela
Faculdade Estácio de Teresina.

RESUMO: O presente artigo pretende adentrar também no intrincado tema da existência de déficit no orçamento da seguridade social. Apresenta aspectos financeiros referentes ao orçamento da seguridade social e seu custeio, sobre a transparência orçamentária, buscando discutir sobre o rombo na Seguridade Social, bem como discorrer sobre a necessidade de reforma previdenciária. O artigo aborda a questão do Orçamento da Seguridade Social e o princípio da transparência orçamentária, os Instrumentos legais destinados à transparência e publicidade do orçamento, a ilusão da transparência orçamentária e a inconstitucionalidade da PEC 287/16 e o princípio da proibição do retrocesso.

Palavras-chave: Seguridade Social. Custeio securitário. Transparência Orçamentária. Reforma da Seguridade Social. PEC 287/16.

SUMÁRIO 1 INTRODUÇÃO – 2. DESENVOLVIMENTO: 2.1 ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA; 2.2 INSTRUMENTOS LEGAIS DESTINADOS À TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO; 2.3 A ILUSÃO DA TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA: 2.3.1 APLICAÇÃO DA JURIMETRIA COMO REDUÇÃO DAS INCERTEZAS ORÇAMENTÁRIAS; 2.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 287/16 E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Muito se vem discutindo sobre a real situação do orçamento público nos últimos anos. Isso se deve em grande parte ao fato de o Direito Financeiro ter sido relegado ao segundo plano. Porém, o surgimento de crises econômicas, políticas, bem como a maior participação e fiscalização popular têm trazido inúmeros questionamentos acerca da saúde dos cofres públicos.

O cerne do presente trabalho cinge, mais especificamente, à questão do orçamento da seguridade. Assim, a presente monografia tem por objetivo discutir sobre a real situação do orçamento securitário no que pertine ao princípio da transparência e se, realmente, há *déficit* ou *superávit* do orçamento da seguridade social.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA.

O princípio da publicidade integra o princípio da transparência orçamentária, conforme preceitua Leite (2016, p. 102), literis:

Embora não expressamente previsto na Constituição, infere-se o seu conteúdo do art. 37 da CF, caput, quando menciona a publicidade como princípio norteador da Administração Pública. Sendo assim, a publicidade é apenas uma das formas de promover a transparência e, com isso, permitir a fiscalização das receitas e das despesas públicas, visto que só um orçamento transparente possibilita o cidadão ficar a par das informações necessárias ao exercício da fiscalização.

O princípio da transparência visa, ao dar publicidade, permitir que o povo, o qual elegeu seus representantes, tenha ciência da real condição dos gastos públicos, se os recursos provenientes das arrecadações do fisco estão sendo investidos devidamente nos fins colimados pelo Estado.

É, portanto, um princípio fundamental numa organização estatal, pois justifica a atuação e existência da Administração Pública, bem como pode legitimar ou não sua representatividade. Isso porque, ao desviar recursos públicos para fins ilícitos, sendo permitida a trestinação lícita, o governo tem sua legitimidade abalada, fazendo com que a população possa, eventualmente, buscar o *impeachment* do gestor bem como outras sanções cabíveis diante do ato improbo.

Faz-se mister distinguir transparência da publicidade. Nesse sentido, transparência tem finalidade de informar aos cidadãos as práticas do governo, conforme leciona Silva (2009, p. 10), nos seguintes termos:

A transparência tem como objetivo garantir a todos os cidadãos, individualmente, por meio de diversas formas em que costumam se organizar, o acesso às informações que explicitam as ações a serem praticadas pelos governantes, as em andamento e as executadas em períodos anteriores, quando prevê ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de divulgação de audiências públicas, dos planos, diretrizes orçamentárias, orçamentos, relatórios periódicos da

execução orçamentária e da gestão fiscal, bem como das prestações de contas e pareceres emitidos pelos tribunais de contas.

Já a Publicidade significa tornar público, dar conhecimento a fim de produzir efeitos externos, sendo requisito de eficácia e controle dos atos administrativos, conforme ensina Meirelles (2003, p.81-83), *in verbis*:

(...) a divulgação oficial do ato, para conhecimento público e início de seus efeitos externos, constituindo, sem dúvida, requisito de eficácia e controle da moralidade dos atos administrativos". (...) A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

O princípio da transparência faz parte da responsabilidade fiscal que encontra correspondência no termo *accountability*. Tal princípio não deve ser visto apenas como forma de prestação de contas do gestor perante a sociedade e até mesmo como ferramenta de oposição governista, tendo também por função dar contraditório e permitir ao ordenador de despesas justificar e legitimar seus gastos por meio dos documentos e demais aparatos legais.

Importante ressaltar que o controle sobre os gastos públicos não ocorre somente pela população, mas também se dá através do sistema de freios e contrapesos, ou seja, por meio do controle dos próprios poderes entre si e seus órgãos integrantes, chamado de *accountability* horizontal. Nesse sentido, preleciona O'Donnell (1998, p 35):

Passei rapidamente por diversas questões importantes e complicadas, cada uma das quais reclama uma extensa bibliografia. Mas esse tour d'horizon era necessário para contextualizar o tema desse artigo. Posso, agora, definir o que entendo por *accountability* horizontal: a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas.

Sobre a *accountability* vertical tece as seguintes explicações O'Donnell (1998), a seguir:

Por definição, nesses países a dimensão eleitoral de *accountability* vertical existe. Por meio de eleições razoavelmente livres e justas, os cidadãos podem punir ou premiar um mandatário votando a seu favor ou contra ele ou os candidatos que apoie na eleição seguinte. Também por definição, as liberdades de opinião e de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação, permitem articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas. Isso é possível graças à existência de uma mídia razoavelmente livre, também exigida pela definição de poliarquia. Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas são dimensões do que chamo de "accountability vertical". São ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não.

O ordenamento jurídico brasileiro segue esse sistema da *accountability*, tanto vertical como horizontal, pois tanto a população tem poder de escolha de seus governantes como tem mecanismos de retirada do mesmo, bem como os poderes tem possibilidade de controle entre si, além do controle do Tribunal de Contas. Em sendo praticados atos delituosos devem ser responsabilizados os gestores, respondendo cível, penal, administrativamente ou inclusive por crime de responsabilidade.

Nesse mesmo sentido, o controle da Administração Pública Direta é regido pelo princípio da autotutela, que permite à Administração rever seus atos. Assim determina as súmulas vinculantes nº 346 e 473 do STF, in verbis:

Súmula nº 346/STF - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473/STF - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Importante ressaltar que a CF/88, em seu artigo 70, caput e parágrafo único, estabelece o controle dos gastos públicos como dever de prestação de contas, a cargo do controle interno e externo, nos seguintes termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. *idem*

O próprio art. 85 da Magna Carta traz hipóteses em que os atos do Presidente da República podem ser penalizados por crime de responsabilidade:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Portanto, a própria Constituição Federal estabelece a *accountability* através, no caso do crime de responsabilidade, de dever de prestação de contas, no que se refere aos atos que atentem contra probidade administrativa e contra a lei orçamentária.

2.2 INSTRUMENTOS LEGAIS DESTINADOS À TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO.

O art. 37, caput da CRFB/88 estabelece, entre outros princípios, o princípio da publicidade, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...);

Dessa forma, a regra é a publicidade dos atos provenientes da administração pública.

Como dito anteriormente, o princípio da publicidade integra o princípio da transparência. Dessa forma, a finalidade de ambos tem semelhanças: dar transparência dos atos de governo bem como publicá-los a fim de produzir efeitos.

Cumpram ressaltar que a transparência efetiva-se com a publicização e exteriorização dos atos do governo. Dessa forma, uma administração transparente deve utilizar-se de todos meios possíveis para efetivar não somente a transparência, como também possibilitar a participação democrática.

É salutar que uma gestão promova consultas públicas, audiências públicas, orçamentos participativos para que a população tenha ciência e controle sobre as contas e os atos públicos, de modo geral.

No que diz respeito ao orçamento participativo, merece destaque o projeto inovador em Porto Alegre que representa importante instrumento e modelo de gestão e transparência administrativa, conforme notícia, no site Sul21 (2014), *literis*:

Criado há 25 anos, no já distante 1989, em Porto Alegre, o Orçamento Participativo (OP) virou modelo de política de participação popular, recebeu prêmios internacionais e foi replicado em centenas de cidades pelo país e pelo mundo afora. Mais do que isso: foi por meio do OP que os moradores da Restinga conquistaram novas linhas de ônibus para atender o bairro, que aqueles que viviam na Estrada da Branquinha, em Viamão, deixaram de atolar seus pés no barro nos dias de chuva e tiveram as ruas de sua comunidade asfaltadas, que os habitantes das proximidades da avenida Manoel Elias, na Zona Norte da Capital, conquistaram unidades de saúde. Tudo isso por

meio de reuniões abertas e assembleias, num sistema de democracia direta que contrariou a lógica da troca de favores entre líderes comunitários, secretários municipais e vereadores. O projeto saiu do papel em fins de 1989 em Porto Alegre. (...)

Dessa forma, para que venha a legitimar e consubstancializar a democracia de forma real é importante a participação da população no acompanhamento dos atos da Administração e ciência acerca do orçamento público.

2.3 A ILUSÃO DA TRANSPARÊNCIA ORÇAMENTÁRIA

Como se vê de toda a discussão acerca da existência ou inexistência de déficit na previdência (seguridade), ainda resiste a celeuma, pois cada opinião divergente encontra explicação através de números. Assim, para o Governo é necessário fazer uma reforma na previdência, pois há um rombo de cifras bilionárias, enquanto para a ANFIP, não há rombo na previdência, mas sim um superávit.

O presente trabalho não visa pôr fim à discussão determinando se há déficit ou superávit nas contas da seguridade social. Entretanto, por meio do trabalho em análise, vê-se que uma parte importante da discussão é desconsiderada: a análise do orçamento.

A grande divergência, como já dito alhures, no que diz respeito à existência de déficit ou superávit está nos números. Nesse sentido, faz-se imprescindível uma correta análise do orçamento público.

Ocorre que, em que pese os diferentes argumentos trazerem informações distintas e, diga-se, nenhum está de fato equivocado em relação à análise sobre o real numerário das contas públicas, a dinamicidade do orçamento público destoia na valoração apresentada por ambos.

Isso se deve ao fato de que a análise do orçamento apresentada por ambos é de um orçamento estático, o que é prejudicial para que se faça um correto balanço.

Nesse interim, não se quer afirmar no presente trabalho que o exame do orçamento é impossível, e, de fato, não o é, mas que deve-se reconhecer que, em razão de sua mutabilidade, no que se refere às constantes receitas e despesas e demais operações internas e, principalmente, externas, é deveras complexa a análise do orçamento público, devendo-se tomar cautela quando da definição de valores definitivos, como vem sendo feito tanto pelos defensores da existência quanto pelos defensores da inexistência do déficit. A equivocada politização proveniente da polarização ideológica prejudica a discussão do tema.

Infelizmente, o Direito Financeiro tem sido uma das matérias do Direito mais relegadas, existindo poucos estudos acerca de seus institutos e de suas peculiaridades. Dessa forma, este trabalho peca pela inexistência de referências bibliográficas que concluam com grau de definitividade doutrinária, restringindo-se, no presente capítulo, a análises dedutivas e, repita-se, não conclusivas, porém, não se pode olvidar da consistência do seu fundamento.

O orçamento público sofre constantes mudanças referentes a todo seu processo de entradas e saídas de numerários. Tal complexidade, por si só é suficiente para afirmar que é equivocado definir um valor estaque do orçamento, em relação a definição sobre onde há déficits ou superávits a partir dos valores apresentados. Mais complexo ainda se torna quando se percebe que o orçamento sofre mutações nos seus cofres a partir de processos exógenos, em especial no pagamento de precatórios e RPVs, e demais processos judiciais que definem valores a serem pagos pela Fazenda Pública, bem como eventuais valores a serem vertidos aos cofres públicos; tudo isso fora os desvios ilícitos dos cofres da seguridade social muitas vezes encobertos ou desconsiderados nos dados apresentados pelo governo.

A disposição legal sobre o pagamento dos precatórios e RPVs está prevista na Constituição Federal em seu art. 100, caput, e seguintes, *in verbis*:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(...)

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

(...)

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também prevê disposições acerca dos precatórios, conforme se vê dos artigos 33 e 78, literis:

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

(...)

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

As disposições legais sobre os pagamentos dos precatórios no ACDT são bastante minuciosas e extensas. Porém, apesar de toda disciplina legal, na prática a Administração

Pública retarda por décadas as dívidas constantes nas obrigações dos precatórios conforme noticiado

Estados e municípios postergam, há décadas, o pagamento dos precatórios — decisões judiciais que determinam o pagamento de valores a cidadãos e empresas. Levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou um acúmulo, até o primeiro semestre de 2012, de R\$ 94,3 bilhões em precatórios devidos por estados e municípios. O maior devedor nesse item é, de novo, São Paulo, com R\$ 51,8 bilhões em dívidas, dos quais R\$ 24,4 bilhões do estado, R\$ 26,9 bilhões das prefeituras e R\$ 475 milhões das autarquias.

Como se sabe, há milhares de processos contra as fazendas públicas. Todos os dias são propostas novas ações judiciais ou administrativas em face do ente público (na grande maioria requerendo valores e danos). Mas há um ponto central que merece atenção em relação aos valores devidos pela Fazenda Pública: não há certeza na definição dos valores de precatórios ou requisições de pequenos valores. Essa incerteza é tanto temporal quanto material, pois não há uma precisão sobre quando será possível o pagamento do precatório nem o *quantum* devido aos particulares (exemplo são os processos judiciais em que são feitos acordos de pagamento de precatório com redução do valor, e maior celeridade).

Sobre essa incerteza ilustra bem o instituto do pedido de suspensão de segurança. A Lei nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública/LACP – no seu art. 12, caput e §1º, traz regramento sobre a possibilidade de suspensão da execução da liminar, a fim de evitar grave lesão à ordem pública, saúde, entre outras circunstâncias, *in verbis*.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público, prescreve a viabilidade da suspensão de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia públicas, *litteris*.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Ainda, a Lei nº 12.016/09 – Lei do Mandado de Segurança – descreve a faculdade do Presidente do Tribunal suspender a liminar do remédio constitucional para evitar grave lesão pública, nos seguintes termos:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

A Lei 8437/92, em seu art. 4º, §9º, afirma que a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, não sendo atingida por sentença ou liminar superveniente, nos termos da lei:

§ 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Dessa forma, a súmula 626 do STF aplica a ultratividade ao mandado de segurança, quando a suspensão for deferida originariamente por Tribunal Superior, *in verbis*:

Súmula 626: A suspensão liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão de segurança ou, havendo recurso, até sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

O NCPC não dispôs sobre o instituto do pedido de suspensão de segurança, restando tal ferramenta presente nos dispositivos acima arrolados, bem como nos regimentos internos e demais legislações dos tribunais.

Porém, como se vê a partir do instituto do pedido de suspensão de segurança, não se pode determinar quando e o quanto serão pagos os valores cobrados em face do Poder Público, não sendo viável definir valores, talvez podendo-se supor, dentro de uma margem numérica, a condição orçamentária.

Não se quer dizer aqui que o trabalho realizado por todos órgãos e secretarias, pelos tribunais de contas, tesourarias, entre outros, são inválidos. Porém, deve-se levar em consideração que de fato é muito difícil precisar com exatidão as condições do orçamento público, pois como já dito é deveras mutante e dinâmico, sendo ilusória a transparência orçamentária feita nos moldes da análise da seguridade.

2.3.1 APLICAÇÃO DA JURIMETRIA COMO REDUÇÃO DAS INCERTEZAS ORÇAMENTÁRIAS

Vale lembrar que tem surgido com grande importância o ramo da Jurimetria, a qual utiliza estudos estatísticos e probabilísticos em sede de Direito. Tal ramo jurídico tem por finalidade precípua, através de estudos dados, dar uma melhor gestão administrativa ao judiciário, bem como assegurar uma melhor prestação jurisdicional à população.

Muilder, Noortwijk e Combrink-kuiters (2010), definem a Jurimetria nos seguintes termos:

Jurimetria é o estudo empírico da forma, significado e a pragmática (e a relação entre eles), das demandas e autorizações das questões das organizações do estado, com o auxílio de modelos matemáticos e uso do individualismo como paradigma para explicar e prever o comportamento humano.

Como não há certeza no estudo das condições futuras do orçamento público, pelo menos poderiam ser utilizadas ferramentas da Jurimetria. Se a existência de processos judiciais importam em grandes repercussões aos cofres públicos, a indeterminabilidade dos resultados das decisões judiciais não podem impor uma vagueza relativamente aos recursos públicos, tendo o gestor público o dever de buscar formas de reduzir as incertezas que são próprias do mundo jurídico (nesse caso através da cooperação entre Executivo e Judiciário).

Nesse sentido, os estudos Barbosa (2013, p. 179) apontam a importância da Jurimetria para a gestão do Poder Judiciário bem como aos demais poderes:

A Jurimetria possibilita duas consequências. A primeira é o uso destes dados estatísticas capturados na própria massa de processos distribuídos para a melhoria da administração judiciária, criando

medidas administrativas mais eficientes e que, a longo prazo, permitam a diminuição do tempo médio de duração do processo. (...)

Esta primeira possibilidade ajudaria ainda o Poder Judiciário a dar cumprimento efetivo à Lei de Transparência – Lei Federal 12.527/11 – que determina a disponibilização pública dos dados internos de todos os entes públicos. Transparente não significa somente translúcido (aquele que a luz atravessa), mas também aquele que se faz conhecer, fortalecendo com isso, não só a prestação jurisdicional, mas a democracia brasileira. *idem*

Dessa forma, o estudo da Jurimetria realizado no âmbito do Poder Judiciário pode auxiliar bastante a gestão do Estado sobre seu orçamento, permitindo maior previsibilidade das contas públicas, bem como maior transparência.

2.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 287/16 E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Se de um lado não se pode afirmar com definitividade qual lado está correto, ou seja, se há déficit ou superávit na seguridade social, por outro lado há que se definir o que pode e o que não pode ser feito a partir dessa (in)definição.

O Governo alegando proteger as futuras gerações e a saúde financeira e atuarial do orçamento securitário, propôs a PEC 287/16 que propõe alterações nas regras dos benefícios previdenciários, bem como estuda alterar a idade no benefício de prestação continuada LOAS-BPC. Nesse sentido noticia o site Estadão (2017):

Em um pouco mais de um ano de governo, o presidente Michel Temer vem aprovando diversas reformas com a finalidade de melhorar as contas públicas. A reforma previdenciária, proposta por meio da PEC 287/2016, é tida como central para a sua equipe econômica. Apesar do possível benefício para as finanças públicas, a aprovação da proposta implica em diversos custos sociais e políticos.

Quanto aos custos sociais, a proposta é polêmica por criar condições mais adversas para o trabalhador obter a aposentadoria ou mesmo consegui-la de forma integral. Aqueles que desejam receber o teto da aposentadoria precisarão contribuir por, no mínimo, 40 anos. A idade mínima para se aposentar também se eleva com a proposta: 62 anos para mulheres e 65 para homens. Com isso, as mulheres devem começar a trabalhar aos 22 anos e os homens, aos 25 anos, para que possam se aposentar, na idade mínima, com o teto. Isso se

conseguirem trabalhar por 40 anos, de forma ininterrupta. Caso não consigam trabalhar de forma contínua (sem períodos de desemprego, por exemplo), os trabalhadores ou receberão um valor abaixo do teto ou deverão completar os 40 anos de contribuição. Não por acaso, a PEC é bastante impopular.

(...)

Mesmo que passe na Câmara dos Deputados, a tarefa não será fácil para o governo ao tentar aprovar a PEC no Senado. Recentemente, foi instalada nessa Casa uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Previdência Social. O relatório final da Comissão apontou para a inexistência de déficit da Previdência Social. Conforme o relatório, “é importante destacar que previdência social brasileira não é deficitária. Ela sofre com a conjunção de uma renitente má gestão por parte do governo [...]” (p. 241). A reforma proposta, portanto, tem resistência mesmo na classe política. *idem*

Como se vê da notícia veiculada, o Senado Federal, através de CPI, atestou que não há déficit na seguridade.

Ainda, de forma didática, o governo, no site da Fazenda (2016) lança um caderno digital informativo sobre, entre outros temas, em que consiste o déficit e a necessidade da reforma:

REFORMA DA PREVIDÊNCIA – PERGUNTAS E RESPOSTAS

A Previdência Social precisa adaptar-se à nova realidade demográfica brasileira a fim de que a atual geração em idade ativa e as próximas que a sucederão tenham a garantia de sua aposentadoria. O perfil da sociedade brasileira vem mudando rapidamente, com o aumento da expectativa de vida e diminuição da fecundidade, o que altera a proporção de ativos e inativos no mercado de trabalho. De acordo com dados das Projeções Populacionais do IBGE (2013), enquanto há, hoje, 140,9 milhões de pessoas em idade ativa, em 2060 haverá 131,4 milhões, número 6,7% inferior. No mesmo período, o número de idosos crescerá 262,7%. Hoje, uma em cada dez pessoas é idosa. Em 2060, uma em cada três será idosa. Ou seja, a evolução demográfica aponta para uma maior quantidade de beneficiários, os quais, além de mais numerosos, serão mais longevos.

(...)

O que é o déficit da Previdência?

No RGPS, o déficit é a simples diferença entre o que é arrecado mensalmente por suas fontes próprias e o montante usado para pagar os benefícios previdenciários. Essa diferença é suportada pelo Tesouro Nacional. Quanto aos RPPS, há déficit financeiro quando não houver equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro. Haverá desequilíbrio atuarial quando não for garantida a equivalência, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas a longo prazo. Também nos RPPS os entes federativos são responsáveis por eventual déficit financeiro no RPPS de seus servidores.

Por que é necessário fazer ajustes na Previdência?

O RGPS é de repartição simples: quem está na ativa sustenta o benefício de quem já está fora do mercado, por meio de um pacto de gerações. As projeções populacionais mostram que, em 2060, teremos menos pessoas em idade ativa do que hoje. Ao mesmo tempo, o número de idosos irá crescer 262,7% nesse mesmo período. O art. 40 da Constituição e a Lei nº 9.717/1998 exigem que seja mantido o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS. Daí a importância de que seja feita a reforma pois as regras atuais de concessão de benefícios não estão permitindo que esses regimes alcancem esse equilíbrio. A população idosa vai saltar de 22 milhões de pessoas com 60 anos ou mais para cerca de 73,5 milhões em 2060. Em termos de proporção da população, no mesmo período, a participação dos idosos na população total vai saltar do patamar de 10% para cerca de 33,7% em 2060, conforme a projeção demográfica do IBGE divulgada em 2013. Em 2013, uma em cada dez pessoas era idosa. Em 2060, uma em cada três será idosa. Além disso, a taxa de fecundidade caiu entre 1980 e 2015, passando de 4,1 para 1,7 filhos nascidos vivos por mulher, implicando menor crescimento da população no futuro. Em outras palavras, a Previdência Social contará com número menor de contribuintes e aumento na quantidade de beneficiários, o que irá pressionar de modo considerável sua despesa e necessidade de financiamento.

O texto traz a ideia de que em 2060 a população idosa será muito maior, se comparado aos dias atuais, em relação à população jovem, e que isso trará consequências negativas para a previdência.

Em primeiro lugar isso é apenas uma expectativa. Nada garante que tal expectativa se confirme, significando que há grandes chances de não acontecer tal previsão. Sequer foi apresentado estudo probabilístico nesse sentido.

Em segundo lugar, as alterações no mercado de trabalho apontam para uma mudança na população idosa: pessoas idosas estão trabalhando mais. Isso se deve, entre outros fatores, à melhoria na qualidade de vida, ou seja, as pessoas vivem mais e melhor, podendo dessa forma trabalhar mais.

Importante lembrar que, o envelhecimento da população não é algo nefasto, até porque a sociedade evolui no sentido de melhorar as condições de saúde na melhor idade. Em segundo lugar, em regra, a aposentadoria não implica necessariamente em inatividade, a exceção das aposentadorias por invalidez, especial por condições insalubres no trabalho, auxílio doença, benefício assistencial em razão de doença ou deficiência. Ou seja, quem trabalhou e contribuiu, salvo as exceções legais apontadas, pode continuar trabalhando e recebendo aposentadoria. De outro modo, um sistema que obriga os trabalhadores a contribuírem e impossibilita os mesmo de receber seus futuros benefícios, ou posterga a um prazo inalcançável, redundaria em confisco, dito de modo radical, em roubo. Se há preocupação do governo no sentido de arrecadar mais recursos aos cofres públicos, que tal se dê por instituição de tributos, vinculados ou não vinculados; pois benefícios previdenciários tem por itinerário arrecadação e posteriormente contribuição em razão do que foi pago ao longo do tempo. Deve, portanto, o governo utilizar criatividade gestora em vez de considerar como única saída de cobrir déficits do orçamento empurrar reformas que retirem direitos dos trabalhadores.

Dessa forma, a proteção do sistema contra déficits bem como a sua guarda para as futuras gerações não pode ter como cerne um agir sem embasamento suficiente.

O princípio da proibição do retrocesso estabelece uma vedação às mudanças que a Constituição fixou na sociedade enquanto conquistas. Nesse sentido, preconiza Sarlet (2006, p. 223):

Assim, a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social,

na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Em que pese possa-se afirmar que, como todos os outros princípios do ordenamento jurídico, o princípio da proibição do retrocesso social não seja absoluto, possuindo, naturalmente, limites, também deve-se concluir que circunstâncias contingenciais que exijam um *facere* do Poder Público que implique em grandes mudanças e perdas gravíssimas nos direitos sociais deve no mínimo estar pautado em estudos que transmitam segurança e dê transparência e que hajam discussões suficientes de modo que se possa incrementar eventuais ações emergenciais. Todavia, isso não vem ocorrendo no caso da presente alegação do déficit da seguridade e consequente proposta de reforma através da PEC 287/16.

De fato há um grave problema no orçamento público, em especial no orçamento fiscal, sobre isso não resta celeuma. Entretanto, tal déficit do orçamento fiscal não deve interferir no orçamento securitário, prejudicando direitos conquistados em razão de desvios públicos, má-gestão, entre outros problemas.

A Administração Pública deve pautar suas ações com base na Lei Maior, a qual, enquanto constituição dirigente, se impõe o dever de implementar políticas públicas e assegurar que os direitos sociais sejam garantidos, sendo, portanto, inconstitucional a atuação política que retire ou dificulte o gozo dos direitos conquistados pelos cidadãos.

Portanto, com base na principiologia constitucional os princípios da proibição do retrocesso social (princípio implícito), princípios da transparência, da informação, bem como todos dispositivos legais correlatos e protegidos por estes princípios, e ainda a cláusula pétrea que protege direitos e garantias individuais, conforme estabelece o art. 60, §4º, IV, resta inconstitucional a PEC 287/16.

Nesse sentido, já existem ADPFs contra a PEC 287/2016, conforma informa o site do STF (2017), nos seguintes termos:

Chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) mais uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 440) para questionar a Proposta de Emenda à Constituição 287/2016, que dispõe sobre a Reforma da Previdência. Essa ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e distribuída à ministra Rosa Weber.

A ministra também é relatora da ADPF 438, ajuizada em dezembro passado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e outras entidades sindicais. As ações questionam a tramitação da PEC 287/2016, que propõe mudança nas regras para a aposentadoria nos setores público e privado, bem como as regras de transição para o novo sistema.

A CNTM sustenta a proposta fere princípios constitucionais como o da Seguridade Social (artigo 194), o da Diversidade da Base de Custeio (artigo 195) e ainda teria inserido “normas extremamente restritivas de direito tendentes a abolir garantias e direitos individuais”. Acrescenta o conteúdo da PEC fere cláusulas pétreas da Constituição Federal, que não poderiam ser alteradas por meio de emendas constitucionais.

A entidade alega ainda que as premissas da PEC contidas na Exposição de Motivos enviada ao Congresso Nacional e repetidas pela campanha publicitária do governo “são baseadas em suposições financeiras e prognósticos demográficos, meros exercícios de futurologia baseados em dados empíricos destituídos de caráter científico mais sério”.

A Confederação pede, assim, que a ADPF seja julgada precedente para declarar a inconstitucionalidade da PEC 278/2016.

De outro lado, resta ilegítima a afirmação de que há déficit no orçamento da seguridade social, tendo em vista a frágil alegação que defende o rombo previdenciário. Conforme foi discutido, a falta de aprofundamento e embasamento acerca das condições orçamentárias e de sua natureza, bem como a discussão da existência de déficit na seguridade desvinculada de uma detalhada discussão orçamentária e financeira prejudicam a teoria do déficit na previdência.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se viu do presente trabalho, da análise financeira do orçamento da seguridade social, não se pode atestar a existência de déficit na seguridade social, pois não há comprovação razoável que defina que de fato há o rombo previdenciário alegado.

Não há como esgotar a explanação sobre toda a dinamicidade do orçamento público, como se vê, bastante complexa e deveras extensa para uma análise em sede de monografia. Porém, pode-se perceber que as análises sobre a discussão da existência ou

inexistência de déficit no orçamento da seguridade social restam prejudicados ante um não aprofundamento no estudo financeiro do orçamento público.

Dessa forma, a atuação estatal, que é regida pela legalidade, deve pautar-se pela lei, não possibilitando ao Poder Público um *facere* sem fundamentação lógica, legal e constitucional, baseado em suposições e alegações futurísticas.

Portanto, conclui-se que, em razão da não demonstração fidedigna se há ou não déficit no orçamento da seguridade social, não há possibilidade de reforma previdenciária retirando-se direitos sociais, sendo ilegítima e inconstitucional a PEC 287/16.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

_____. **LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

_____. **LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**.. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

_____. **LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

BARBOSA, **Cássio Modenesi**. **Revista Intellectus. Jurimetria - buscando um referencial teórico**. 2013. <<http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=294>> Acesso em: 19 dez. 2017.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARBOSA, Ruy (1999). **Oração aos Moços (1999)**. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro.

Estadão. **Os custos da reforma da previdência.** Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/os-custos-da-reforma-da-previdencia/>](http://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/os-custos-da-reforma-da-previdencia/). Acesso em: 12 jun. 2021.

O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451998000200003>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MULDER, Richard De Mulder; NOORTWIJK, Kees van; COMBRINK-KUITERS, Lia. **Jurimetrics Please.in. Disponível em:** <<http://zaguan.unizar.es/record/.../ART--2010-013.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social.** 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2018.

SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de Direito Previdenciário.** 2 ed. São Paulo; Freitas Bastos, 2019.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado.** Coord. por Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2018.

STF. STF recebe nova ação contra tramitação da PEC da Reforma da Previdência no Congresso. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337308>>. Acesso em: 02 jun. 2021..

SUL21. Em 25 anos, **Orçamento participativo se espalhou pelo mundo e rompeu lógica clientelista da política,** 2014. <<https://www.sul21.com.br/jornal/em-25-anos-orcamento-participativo-se-espalhou-pelo-mundo-e-rompeu-logica-clientelista-da-politica>> Acesso em: 10 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 7ª ed. Rev. E atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário.** 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: MENORES EM ESTADO DE RUA NO BRASIL E OS SEUS DIREITOS EXTERMINADOS

MYLENA DIAS DA ROCHA:

Bacharelada do curso de Direito pelo Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.

RESUMO: A alarmante condição de crianças e adolescentes vivendo em situação de rua viola todo o ideal de dignidade humana e confronta as legislações vigentes não só em território brasileiro, mas também nas mais diversas convenções internacionais que lutam pela defesa dos direitos humanos. É desumana e cruel a situação de meninos e meninas que tem nas ruas o espaço de trabalho, vivência e desenvolvimento. É levando em consideração o direito prioritário das crianças e adolescentes a uma estruturada e harmoniosa vida familiar, à educação, à plena formação social e ao livre exercício de usufruir a juventude, que podemos atribuir a toda sociedade o dever de zelar por aqueles que ainda não completaram seu desenvolvimento psíquico, cultural, emocional e físico. Em especial quando tais jovens se encontram em situação de abandono, exploração e perigo. A Constituição Federal brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixam claro que as crianças e adolescentes são, antes de tudo, sujeitos de direitos que devem contar com a prioridade absoluta das políticas e planejamentos socioeconômicos. Dessa forma, as pessoas que ainda não atingiram a maioridade têm total primazia em atendimentos de socorro, proteção e serviços públicos em geral. As famílias têm obrigação de se esforçar ao máximo para a plena formação daqueles que ainda não se desenvolveram completamente. Uma vez que isso não aconteça, não importando o motivo, é obrigação do Estado zelar e cuidar dessas crianças e adolescentes, proporcionando-lhes um completo atendimento emocional, social, comunitário e educativo. Desestruturação familiar, a falta de investimento estatal em políticas socioeducativas, o abandono, o falecimento dos pais, o abuso e a fome são alguns dos motivos que levam diariamente milhões de crianças e adolescentes a se exporem ao risco de viver sem qualquer amparo. É importante entender a complexidade do assunto e não culpar a criança de rua por sua situação. Os jovens em situação de rua, assim como qualquer outra criança e adolescente, não têm a adequada formação e maturidade que permite escolher o que é melhor para si, todavia isso não anula o fato de que há que escutá-los e respeitá-los. O Estatuto da Criança e do Adolescente mostra de forma explícita que não se pode abrigar um menino ou menina de rua contra a vontade do mesmo e que os jovens devem ser escutados e suas opiniões devem ser levadas em consideração sempre que possível.

PALAVRAS-CHAVE: crianças, adolescentes, direitos humanos, abandono, violência.

ABSTRACT: The alarming situation of children and adolescents living in a street situation violates the ideal of human dignity and confronts the legislation in force not only in Brazil

but also in the most diverse international conventions that fight for the defense of human rights. It is inhumane and cruel the situation of boys and girls who have in the streets the space of work, experience and development. It is taking into account the priority right of children and adolescents to a structured and harmonious family life, to education, to full social formation and to the free exercise of the enjoyment of the youth, which we can assign to every society the duty to care for those who have not yet completed their psychic, cultural, emotional and physical development. Especially when such young people are in situations of abandonment, exploitation and danger. The Brazilian Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute make it clear that children and adolescents are, above all, subjects of rights that must count on the absolute priority of socioeconomic policies and planning. In this way, people who have not yet reached the age of majority have full primacy in emergency care, protection and public services in general. I have an obligation to strive to the full for the full training of those who have not yet fully developed. Once this does not happen, regardless of the reason, it is the State's obligation to care for and care for these children and adolescents, providing them with complete emotional, social, community and educational care. Family disorganization, lack of state investment in socio-educational policies, abandonment, death of parents, abuse and hunger are some of the reasons that daily cause millions of children and adolescents to expose themselves to the risk of living without protection. It is important to understand the complexity of the subject and not to blame the street child for their situation. Street youth, like any other child and adolescent, do not have the adequate training and maturity to choose what is best for them, but this does not negate the fact that they have to be listened to and respected. The Child and Adolescent Statute explicitly shows that a street child can not be sheltered against the will of the child and that the young people should be listened to and their opinions should be taken into account whenever possible.

KEY WORDS: children, adolescents, human rights, abandonment, violence.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos normativos e tipográficos. 1.1. Tipo de documento. 1.2. Formato (tamanho da página). 1.3. Margens. 1.4. Tipos e corpo. 1.5. Espacejamento. 1.6. Parágrafo. 1.7. Ilustrações e tabelas. 1.8. Referências, notas de rodapé e notas finais. 1.9. Paginação e número de páginas. 2. Desenvolvimento. 3. Revisão ortográfica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com uma sociedade cada vez mais desestruturada politicamente e moralmente e, uma enorme falta de investimento na educação e saúde em nosso país, a quantidade de crianças e adolescentes hoje nas ruas do Brasil é grande e a criminalidade tem aumentado gradativamente, assim como a quantidade de menores em estado de rua assassinados.

A Constituição Federal brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) deixam explícitos direitos garantidos aos mesmos, como também seus deveres. No entanto, nem sempre se têm o cumprimento dos tais direitos, muitas vezes por completo a inexistência deles.

O descaso por conta do governo, o qual deveria garantir a cidadania desses menores, é gigantesco, assim como a visão preconceituosa e marginalizada da sociedade. O dia-a-dia desses menores é desconhecido. Não se sabe o porquê de se submeterem a certas situações e muito menos as condições de vida que eles levam. Com todos esses problemas, tem-se também a grande quantidade de menores assassinados sem mais nem menos, casos que muitas vezes não são investigados por conta dos assassinos: policiais. Esses menores são vistos como marginais e como se fossem o câncer da sociedade, por isso, o "extermínio" dos mesmos é apoiado e estimulado pela sociedade.

O abandono, no Brasil, tem se tornado cada vez mais frequente, tornando-se assim uma das principais causas para os menores se encontrarem nas ruas sem amparo. Uma vez que os mesmos dependem unicamente e exclusivamente de seus pais para sobrevivência e construção social, a falta deles desencadeia diversos problemas como por exemplos os citados acima.

Assim, abordaremos a fundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que ele é o principal documento em defesa dos menores. Neste trabalho será analisado a quebra de tais direitos, as falhas do governo em cumprir o ECA, e também todos os massacres de menores que foram encobertos ao longo do tempo. Além disso, contribuirá no questionamento de alguns valores e concepções estipulados pela grande sociedade manipuladora.

1. Histórico brasileiro na proteção da criança e do adolescente

Há vinte e sete anos atrás, entrava em vigor a Lei 8.069, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que de acordo com a Constituição de 88, estabelecia um novo paradigma para os direitos da criança e do adolescente. O ECA veio com a principal função de estabelecer parâmetros para a defesa dos menores, dos quais até então, não tinham um documento específico para eles.

Desde o início dos anos 80, já existiam inúmeros debates e estudos sobre a proteção da infância e da adolescência.

Com o novo documento estabelecido, baseado em novos princípios e também com uma nova doutrina estabelecida, pode ressaltar-se novo caráter que o Direito da Criança e do Adolescente passou a ter.

A Constituição de 88 estabelece a responsabilidade à família sobre esses menores (art. 227) e também, coloca os deveres obrigatórios com a infância e adolescência.

Mas nem sempre foi assim, a família não tratava os menores como seres detentores do direito, eles eram considerados inúteis para a sociedade. Os laços de ligação entre pais e filhos não era algo permanente, já que ele só existia enquanto a necessidade da criança com o seu responsável era existente.

Depois de muitos anos, a família se tornou “a base da sociedade” segundo o art. 226, da Constituição de 88. Porém essa “base da sociedade” sofre de inúmeros defeitos que, por muitas vezes, acabam levando a total desordem familiar, gerando o fim da organização familiar, deixando meninos e meninas a sorte em busca de uma forma de sobrevivência nas ruas, do qual será o tema principal deste trabalho.

No Brasil, hoje, são mais de 24 mil crianças e adolescentes em estado de rua, quantidade que chega a ser alarmante devido à grande quantidade que se tem de normas destinadas a proteção das crianças e adolescentes no país. São submetidos a uma vida de baixa qualidade e grande violência.

Uma das principais causas para essa grande quantidade de crianças e adolescentes nas ruas é o abandono, que se tornou cada vez mais frequente em nossa sociedade. É importante salientar que a família em primeiro lugar tem o dever de zelar pelos seus jovens. Uma vez que isso não ocorre, o dever passa ao Estado, que tem de suprir as necessidades desses menores. Tudo isso não é simplesmente um princípio básico, mas também um direito garantido por lei (Constituição Federal 1988). A grande quantidade de crianças e adolescentes em estado de rua, deixa explícito o descumprimento daquilo que é obrigação do governo e da sociedade civil.

O nosso Código Penal, classifica o abandono como crime, uma vez que esses menores não são classificados como seres capazes de autoproteção, discernimento e sustento. O texto do art. 133, do Código Penal trata desse problema: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”, e tem-se o como pena a detenção de seis meses até três anos dos pais ou responsáveis. Além de ser considerado crime pelo Código Penal, o abandono de incapaz vai contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que é dever principalmente do responsável dar assistência ao mesmo.

2. Porque as crianças e adolescente se submetem a situação de rua?

Considerando-se as condições em que esses menores se encontram nas ruas, pode-se ter uma noção da vida que levam, mas porque se submetem a isso? Grande parte deles,

não tem amparo de suas famílias, já que foram abandonados logo cedo. Os motivos são variados: brigam com os pais, expulsos de suas casas, drogas, bebidas, falecimento dos pais, o abuso e a fome são alguns deles.

O primeiro direito desses menores que é atingido, é o direito à cidadania. Uma vez na rua, a violência e o preconceito já estão estabelecidos. Hélio Bicudo em seu livro "Direitos Humanos e Sua Proteção", aborda esse problema. Para ele, o mal desse problema todo, é a violência institucional, a qual estimula cada vez mais o extermínio das crianças e adolescentes que hoje se encontram nas ruas, uma vez que até mesmo a polícia assume a eliminação de milhares de crianças.

Em 1990, a polícia de São Paulo, eliminou cerca de mil pessoas, das quais muitas eram crianças e adolescentes, número que continuou a crescer gradativamente. Abriu-se uma CPI, para se investigar os casos de crianças que os órgãos de segurança assassinam, e pode estabelecer-se uma média de três crianças por dia. Número bastante elevado, já que existem políticas para a proteção e não para o extermínio da infância e da adolescência. E, ao invés da sociedade lutar contra esses problemas todos, enquanto ocorre à chacina, ela instila seu ódio aos meninos e meninas de rua, condenando-os a um único fim: a morte.

Esquece-se que da mesma forma que todos têm o direito à vida, todos os menores também têm. E diante disto, voltam-se lá nos tempos passados, onde toda criança e adolescente era considerada não detentora do direito.

Segundo BICUDO (1997), no Brasil, ao invés de estabelecer-se políticas para o atendimento da criança, visando o respeito à dignidade das crianças e dos adolescentes e também a cidadania dos mesmos, é implantada formas de intimidação e eliminação da infância e da adolescência, ignorando totalmente todos as recomendações da ECA e da UNICEF.

A tal da institucionalização da violência e levada em conta quando se analisa os seguintes dados: em 1990, no Brasil, foram eliminadas 1729 crianças e adolescentes de ruas em sete estados do país; no ano seguinte, 1991, em dez estados, foram eliminadas 408 crianças e adolescentes. E não para por aí, entre 1988 a 1990, foram eliminadas 4611 crianças e adolescentes em todo o país, número que se pode considerar um extermínio da nossa infância e adolescência. De todas essas crianças 75%, das que foram identificadas, eram negros. A faixa etária da maioria é entre 15 a 17 anos.

A morte chega para aqueles que não tiveram estrutura familiar, emocional e nem financeira para o seu crescimento. Aquelles que viveram miseravelmente desde sempre nas ruas, são os mais afetados dessa violência institucionalizada, e ainda se espera que esses menores se tornem seres humanos.

O caminho da morte é trilhado pela necessidade de sobrevivência que eles têm, da qual buscam qualquer forma para seu sustento, recorrendo para a criminalidade, a prostituição, ao uso de drogas, e entre várias outras situações que eles se submetem sem a esperança de alcançar a cidadania.

A prostituição infantil tem tido um grande crescente, atingindo mais de 500 mil meninas, já que muitas delas são submetidas a isso para sua própria sobrevivência. O que mais surpreende é a faixa etária dessas minis-prostitutas, entre 11 a 15 anos. A cada 300 habitantes há uma jovem prostituta.

Elas contam que algo comum entre as prostitutas do Brasil, maioria foi estuprada dentro da própria casa pelo pai ou tio. E volta-se, novamente, para os direitos violados dos menores.

No art. 217-A do Código Penal, "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos" onde a pena mínima é de 8 (oito) anos. Mas onde estão os criminosos que as violentaram? Estão por aí, soltos, como se nada tivesse acontecido e como se a vida de tais meninas não tivesse sido prejudicada. Em casos de estupro, pelo pai ou familiar próximo, a vítima sempre é levada com falta de profissionalismo e desamparada pela lei. São milhares de delegacias espalhadas no Brasil, específicas em benefício dos menores, das quais não agem com eficiência e rigidez das leis.

Além disso, tem-se também, o desamparo do governo para as meninas que decidem abandonar suas casas desacreditadas depois de serem abusadas. Outra vez, pode-se analisar a falta de infraestrutura e eficácia do governo quando preciso. A pergunta que todas se fazem: "Será que não dá para nascer de novo?" (BICUDO, 1997).

Com toda essa marginalização que gira em torno do menor de rua, aos poucos estão sendo estabelecidas diversas políticas de atendimento ao menor e, vários movimentos em proteção dos mesmos. O UNICEF, no relatório de 1993, destacou no Brasil o movimento em virtude dessas crianças e adolescentes, o qual já constrói uma esperança para eles. Assim se posiciona o relatório: "O assassinato dos meninos e meninas de rua no Brasil foi alvo de justa condenação mundial. Menos conhecidos, porém, são os esforços de milhares de pessoas e organizações no Brasil que trabalham para criar o movimento em favor dos direitos da criança"

O Estatuto positivou uma nova Doutrina, inspirando-se na Constituição Federal de 88, voltou-se para uma política de atendimento não seria apenas para as "irregularidades", mas também para medidas de prevenção, voltada para todas as crianças e adolescentes,

com o intuito de erradicar a violação dos direitos desses menores, através da proteção integral dos interesses dos mesmos.

O Estado brasileiro, como se vê atualmente, tem se tornado cada vez mais um péssimo exemplo no quesito do que se diz respeito dos direitos das crianças e adolescentes, deixando a desejar, e influenciando a violência e, não demonstrando nenhuma vontade de reverter esse fato, uma vez que a própria sociedade tem perdido a capacidade de se indignar com as mortes das crianças e adolescentes em nosso país.

Esse quadro só será modificado, com um projeto em longo prazo, retomando a consciência adormecida da sociedade, podendo reconduzir o País a dignidade e um novo ordenamento jurídico. Precisa-se de uma nova política, novas leis, nova polícia, Ministério Público, e um novo poder Judiciário, Executivo e Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos observamos a família quem deveria amar e proteger e quem mais violava a infância. A rua foi um refúgio uma porta aberta para a liberdade e com essa liberdade se consistia outras formas de prisões como as drogas, mendicância, prostituição e a própria rua que é considerada em si um vício.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem se ponderando conforme as leis sobre os direitos da criança e do adolescente, mais para essas crianças e adolescentes que fazem da rua sua moradia necessitam de um apoio maior porque elas sofrem e para conter esse sofrimento se drogam e se viciam e até morrem por inteiras por dentro e por fora ,praticam furtos e são presas encarceradas e são vítimas, vítimas de sua própria família, do Estado e da sociedade em geral que a não as enxergam, pelos sinais ou esquinas, e assim essas crianças se sente iguais pedras ninguém olha ninguém vê ninguém se importa.

REFERÊNCIAS

BICUDO, Helio. **Direitos Humanos e Sua Proteção**. São Paulo: Editora FTD, 1997. Cap 7.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada ate emenda constitucional nº95, de 15/12/2016. 14º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Promulgado em 07 de dezembro de 1940. 14º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FESTER, A. C. R. **Direitos Humanos: um debate necessário.** Vol. 2. São Paulo: Brasiliense, 1989. Cap 3.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente & Política de Atendimento:** A partir de uma perspectiva sociojuridica. Curitiba: Juruá, 2009. Cap. 1

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente & Política de Atendimento:** A partir de uma perspectiva sociojuridica. Curitiba: Juruá, 2009. Cap. 3

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente & Política de Atendimento:** A partir de uma perspectiva socio jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. Cap. 4

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direitos da criança e do adolescente.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Ação Civil Publica no Estatuto da Criança e do Adolescente.** Revista dos Tribunais, v. 671: p 36-39, set./1990.

ALBERGARIA, Jason. **Comentários do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família.** Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ONU BR. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 07 out. 2017.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Crianças e Adolescentes em Situação de Rua.** Disponível em: <<https://guiadedireitos.org/criancas-e-adolescentes-em-estado-de-rua.>>

MORENO, Carlos. **Crianças e Adolescentes em Situação de Rua no Brasil.** Disponível em: <<https://susiquadros.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/435847080/criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua-no-brasil.>>

ARAÚJO. Cristiano Luiz Ribeiro. Eu moro nas ruas: o relato de meninos (as) sobre o motivo de suas idas para viver nas ruas. 112 f. Trabalho de conclusão.

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS ONLINE

GABRIEL ALISSON ALVES DE BRITO:

Bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil (Campus Fernandópolis).

ÉRICA DOS SANTOS MOLINA.

(orientadora)

RESUMO: As compras online vêm crescendo nos últimos anos, tornando-se cada vez mais uma tendência mundial. Neste artigo será relatado como o direito do consumidor age nas compras feitas pela internet para proteger e dar mais segurança para o consumidor. Direito do consumidor, inicia no artigo quinto da constituição federal, onde nós temos o caput do artigo quinto e ele está previsto no inciso 32, onde diz que o estado promoverá na forma da lei a defesa do Direito do Consumidor. Ele foi colocado como um direito fundamental em decorrência, principalmente, da vulnerabilidade do Consumidor. O direito do consumidor é muito baseado na vulnerabilidade do Consumidor, visto que o consumidor e o fornecedor não se encontram no mesmo patamar, principalmente econômico. Então houve essa necessidade do Estado Tutelar este direito, ele foi colocado na Constituição de 1988 além do Artigo 5º. Também é previsto o Direito do Consumidor no Artigo 170, que é o artigo que trata sobre a ordem econômica. O artigo 170 diz que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim de a toda a existência digna conforme os ditames da justiça social. Hoje em dia, fazer compras online é muito mais cômodo. Cada vez mais as ofertas de produtos e serviços pela internet são praticamente infinitas. Mas assim como qualquer comércio, as lojas virtuais devem funcionar de acordo com o que rege o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Palavras-chave: Consumidor; Vendedor; Internet; Compras; Direito.

ABSTRACT: Online shopping has been growing in recent years, becoming increasingly a worldwide trend. In this article it will be reported how the consumer's right acts on purchases made over the internet to protect and provide more security for the consumer. Consumer law, starts in article five of the federal constitution, where we have the caput of article five and it is provided for in item 32, where it says that the state will promote the protection of the Consumer Law in the form of the law. It was placed as a fundamental right as a result, mainly of the consumer's vulnerability. The consumer's right is very much based on the vulnerability of the Consumer, since the consumer and the supplier are not at the same level, mainly economic. So there was this need for the Guardian State to have this right, it was placed in the 1988 Constitution in addition to Article 5. Consumer Law is also provided for in Article 170, which is the article dealing with the economic order. Article

170 says that the economic order founded on the valorization of human labor and free enterprise, has the aim of ensuring a dignified existence for all, according to the dictates of social justice. Nowadays, shopping online is much more convenient. Increasingly, the offerings of products and services on the internet are practically endless. But just like any commerce, online stores must operate in accordance with the Consumer Protection Code (CDC).

Keywords: Consumer; Seller; Internet, Shopping; Law.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o avanço tecnológico tem contribuído enormemente para o campo do e-commerce, pois possibilita a compra local de qualquer produto pela Internet ou telefone, por exemplo. Antes da "Lei de Defesa do Consumidor" ser promulgada em 1990, a Carta Magna de 1988 garantia a proteção dos direitos do consumidor. Em seu artigo 5º, inciso XXXII, estipulava: "O Estado deve promover a proteção dos consumidores de acordo com a lei." (BRASIL, 1988), portanto, este é um direito básico.

É importante observar que o termo "consumidor" se refere ao destinatário final, seja ela uma pessoa física ou jurídica, e também equivale a uma pessoa com hábitos de consumo comercial, portanto, para o revendedor, ele não será considerado um consumidor. Embora se trate de uma expansão do comércio tradicional, o surgimento do *e-commerce* faz com que a entrada de novos fornecedores sem a necessidade de constituição de instituições físicas, grandes empresas começaram a desenvolver negócios neste mercado digital, que cresce a um ritmo considerável a cada ano, pelo que foi publicado em 2013. O Decreto Federal 7.962 surgiu para regulamentar as regras do CDC e trazer regulamentos de comércio eletrônico, o decreto também reconheceu o direito de arrependimento.

Este estudo tem como objetivo a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Brasil, e visa solucionar o problema da lei do arrependimento nas compras pela Internet. Trata-se de uma literatura jurídica baseada em artigos científicos, doutrinas jurídicas, legislações e julgamentos existentes, além de utilizar sites, livros, doutrinas, materiais digitais, revistas eletrônicas e outros métodos de informação. Seu objetivo não é apenas informar e esclarecer os consumidores, mas também informar toda a sociedade, fornecer um breve histórico das relações de consumo, analisar o surgimento do e-commerce e responsabilizar os responsáveis pela devolução ou instalação dos produtos e serviços.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Histórico

Para que o sistema de proteção do consumidor, conforme o conhecemos hoje, seja bem assimilado, é essencial relacionar uma sucessão de ocorrências históricas envolvendo o consumo, de forma a expor a transformação dos institutos jurídicos aplicáveis às relações de consumo.

Embora jamais se possa dizer propriamente na existência de direitos do consumidor, já no Antigo Egito é possível distinguir alguma inquietude com a linhagem dos produtos que eram comercializados por mercadores. Os egípcios, por questões estéticas, religiosas, e de saúde (para se protegerem dos efeitos dos raios solares), cultivavam o hábito de colorir o próprio corpo com alguns tipos de maquiagem (tintas, pós etc.), e o enredo nos conta que, já naquela época, era possível certificarem a presença de disputa entre os fabricantes dos mencionados produtos, estabelecendo-se, logo, uma competição entre os mesmos, no sentido de conceder produtos com grande qualidade, em razão das exigências dos competentes consumidores.

Também de forma rústica, a proteção do consumidor pode ser identificada em textos antiquíssimos, como o Código de Hamurabi, editado no Império Babilônico. Visando proteger os compradores de bens e serviços, o Rei Hamurabi impingiu uma dura legislação, contendo regras como a dos artigos 229 e 233 do referido estatuto, que previa:

Art. 229 – Se um pedreiro edificou uma casa para um homem, mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto”

(...)

Art. 233 – Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas. (BABILÔNIA, 1800 a.c.)

Desta maneira, é possível constatar, já em um texto legal antigo, a influência da chamada responsabilidade objetiva, hoje consagrada através Código de Defesa do Consumidor, através do princípio da boa-fé objetiva. Isto é, a inquietude com a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos oriundos de projetos, fabricação, estrutura, entretanto com o diferencial da pena capital, prevista no art. 229 daquele texto, mas irreal em nosso ordenamento jurídico.

O mesmo cuidado com a qualidade de produtos é inclusive revelada durante a Idade Média, no que diz respeito à fabricação de espadas e outros artefatos de desavença pelas corporações de ofício, as quais recebiam dos guerreiros exigências cada vez maiores em relação à qualidade daqueles produtos.

Registra-se que o consumo, no Brasil, se intensificou posteriormente o começo de nossa industrialização, em meados da década de 1930, sendo que, já nessa época, o Estado possuía características vigorosamente intervencionistas na ordem econômica.

Antes mesmo de ser incluída na Carta Constitucional de 1988, a defesa do consumidor, no Brasil, teve como marco mais expressivo a edição da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, com vistas a amparo dos interesses difusos da sociedade.

No mesmo ano, criou-se o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Com um histórico eminentemente intervencionista, o Brasil, visando à preservação dos direitos sociais, constantemente interveio no domínio econômico.

Na Constituição Federal de 1988, a matéria é regulada no art. 170, que traz em sua letra: "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..." (BRASIL, 1988).

No Brasil, o direito do consumidor possui fincas na Constituição Federal de 1988, cuja garantia de defesa do consumidor encontra-se consagrada em seu art. 5º, XXXII. No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), constitui-se como um microsistema vinculado aos preceitos constitucionais. Há de se distinguir, no entanto, o sistema político do sistema normativo de defesa do consumidor. Aquele é representado pelo SNDC – Secretaria Nacional de Direito Econômico, enquanto o último decorre da lei. É certo alegar que o CDC é uma lei principiológica, na medida em que encerra em si princípios gerais do qual objetivo precípua é o de envolver todas as situações envolvendo o consumo, sem, no entanto, apontar cada caso, como o faz as leis casuísticas.

É, então, um sistema de cláusulas abertas onde alguns dispositivos possuem rol meramente exemplificativo, dando margem interpretativa ao julgador quando da análise de ações cujo objeto é afeto às suas disposições.

1.2 Conceito

Cada doutrinador formula seu próprio conceito, contudo, nesse artigo será utilizada por base a doutrina dos professores Landolfo Andrade, Adriano Andrade e Cleber Masson que é o Livro "Interesses difusos e coletivos". No livro o conceito de direito do consumidor é basicamente o conjunto de normas e princípios que regula a tutela de um sujeito especial de direitos, saber, o consumidor, como agente privado vulnerável nas suas relações frente a fornecedores, chamada relação de consumo.

1.2.1 Relação de consumo

Relação de Consumo é a qual persevera um consumidor, um fornecedor e um produto/serviço que relacione um no outro. É requisito objetivo de existência, de forma que, para ter relação de consumo, obrigatoriamente, deve haver, conjuntamente, os três elementos.

1.2.1.1 Consumidor

É provável deparar a ideia de “consumidor” na própria legislação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Logo, há um conceito simples e demais por equiparação.

Art. 2º, caput, do CDC: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Art. 2º, parágrafo único, CDC, usa a ideia de consumidor por equiparação: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Diferente conceito por equiparação está no art. 17, do CDC, em outras palavras seja, quaisquer as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço;

O último conceito por equiparação está no art. 29 do CDC: todas as pessoas apontáveis ou não, expostas às práticas de comércio e, notoriamente, fazem jus à proteção do contrato.

Um ponto crucial para estar atento: o art. 2º, caput, do CDC, usa uma ideia de consumidor strict sensu (literal). Um significado em que o consumidor jamais readmita o produto ou serviço obtido no mercado de consumo. Embora que a lei provoque esse pressentimento, existe um debate agitada cerca de a doutrina e a jurisprudência quanto às limitações para se executar a legislação consumerista caso o adquirente seja pessoa jurídica.

Uma das questões, por modelo, é se o taxista, ao adquirir um veículo para utilização da atividade profissional, pode ser tido consumidor ou não. Ou logo se o estabelecimento corporativo que compra PCs e impressoras pode estar no status de consumidor.

1.2.1.1 Fornecedor

O significado de fornecedor também está presumido no Código de Defesa do Consumidor. Veja o que diz o art. 3º, caput:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Na opinião de Nehemias Domingos de Melo, fornecedor é quem gera a atividade econômica e oferta produtos ou serviços ao mercado de consumo, de modo não casual (com habitualidade), no cargo de fabricante, produtora, transformadora, montadora ou inclusive, na esfera de distribuidora ou simples comerciante (MELO, 2008).

Tais particulares tiram o emprego do Código de Defesa do Consumidor dos contratos acertados por dois consumidores (não profissionais).

1.2.1.1 Produto ou Serviço

Qualquer bem obtido na relação de consumo é classificado como produto, como define o art. 3º, § 1º, do CDC: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (BRASIL, 1990). Então o serviço, em brevíssimas falas, é o desempenho humano que concede proventos ou satisfações para o comprador, através de remuneração. Entenda a significado do Código de Defesa do Consumidor, no art. 3º, § 2º, que assim dispõe: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (BRASIL, 1990).

1.3 APLICAÇÕES DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Em certo sentido, o caso do STJ é combinado, ou seja, o destinatário final deve ser determinado pela teoria finalista, que visa proteger os destinatários fáticos e econômicos dos bens ou serviços, sejam pessoas físicas ou jurídicas. A Lei de Defesa do Consumidor protege as relações de consumo, para que não haja desigualdade.

De acordo com o Artigo 2 do CDC, essa proteção se aplica a qualquer pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produtos ou serviços como destinatário final. Em certo sentido, o caso do STJ é combinado, ou seja, o destinatário final deve ser determinado pela teoria finalista, que visa proteger os destinatários fáticos e econômicos dos bens ou serviços, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Portanto, o destinatário final é uma pessoa que adquire bens ou serviços para si ou para terceiros para usar de uma maneira que atenda às necessidades privadas. Na teoria finalista, o consumo intermediário está excluído da

proteção do CDC. Em outras palavras, quando você obtém os bens, o ciclo econômico termina.

Os produtos não devem ser devolvidos à cadeia de produção e distribuição. Se a aquisição for para complementar o seu negócio e mantiver as atividades, você não será incluído no conceito de consumidor.

Assim, se o comerciante ou o profissional obtiver ou assinar contratos sem fins profissionais, é classificado como consumidor, o que nada tem a ver com a sua produção. Quando o produto for retirado do mercado, não haverá lucro. Em alguns casos, as pessoas jurídicas podem ser equivalentes aos consumidores, a fim de mostrar algumas lacunas na frente dos fornecedores. Esta é uma cadeia minimalista.

A vulnerabilidade é um princípio norteador do Direito do Consumidor, o que vem sendo estipulado tecnicamente. 4. Eu sou o CDC. A parte mais fraca do relacionamento, a parte mais vulnerável é vulnerável. Para o conceito de maximização, não importa se as necessidades a serem atendidas são pessoais ou profissionais. A rede acredita que quem compra um produto ou assina um contrato de serviço deve ser considerado um consumidor. Se uma lacuna for encontrada, ela será tratada como um usuário.

O STJ se autodenomina finalista porque limita o conceito de consumidor previsto no artigo 2º do CDC. O consumidor é aquele que retira o produto sem utilizá-lo com fins lucrativos, mas mesmo que haja brechas, mesmo que haja lucro, haverá relação de consumo.

2 COMPRAS ONLINE

Hoje em dia a compra e venda online, ainda mais com a pandemia causada pelo COVID-19, é uma das melhores alternativas para quem está procurando um produto e para quem está procurando vender mais. Em comparação com o consumo face a face, a proporção de compras online é muito maior. Mas tome cuidado, porque as ações negativas também podem ter um impacto maior.

Além do e-commerce e vendas por meio da plataforma de pedidos, as redes sociais também têm forte capacidade de vendas atualmente. Na verdade, já é possível vender em mídias como Facebook e Instagram, que os brasileiros mais gostam. É inegável que os novos canais de comunicação têm trazido muitos benefícios, pois aproximam a conexão entre consumidores e marcas, e até promovem produtos e serviços em tempo real. Da mesma forma, eles usam interações e dados na Internet para ajudar a entender o comportamento do cliente. Além disso, é possível contar com os mantenedores da empresa que ficam satisfeitos com os clientes satisfeitos, expressam admiração pelo produto e ajudam a expandir a cobertura da página.

2.1 Histórico

As lojas de comércio eletrônico estão localizadas em plataformas que podem ser acessadas por meio de computadores, tablets e celulares, e hoje se tornaram uma das melhores oportunidades para as empresas aumentarem as vendas. Na verdade, em tempos de crise, como o coronavírus, é preciso ter outras opções para não parar de vender. Este ano provou a importância do comércio nesta área. Diz-se que a origem pode ser rastreada até a década de 1970, quando os alunos da Universidade de Stanford usaram a ARPANET, a antecessora da Internet, para vender cannabis uns aos outros. No entanto, a primeira demonstração real do mecanismo de negociação foi em 1979, quando o empresário de TI Michael Aldrich propôs um projeto de compra online chamado Videotex. Após o seu lançamento, o primeiro sistema foi instalado e utilizado pela empresa de viagens Thomson Holidays UK. No entanto, a primeira compra diretamente de casa foi feita em 1984, e o primeiro site da empresa só foi lançado em 1995. Em outras palavras, a conexão entre esses dois elementos não era tão próxima quanto hoje.

Segundo relatos históricos, a primeira loja de departamentos foi fundada em Paris, sua criação foi o primeiro passo para a expansão comercial e, desde então, passou a possuir grandes empreendimentos como os tradicionais shoppings. No entanto, a tecnologia aos poucos começou a entrar neste campo e invadiu sua missão principal. Em outras palavras, se a empresa costumava decidir como e onde vender, os consumidores de hoje terão mais voz e poder de decisão. Por exemplo, antes de alguém querer comprar roupas, eles vão à loja de sua escolha, analisam as escolhas e estudam as roupas. No entanto, a Internet pode até oferecer várias possibilidades sem sair de casa. Dessa forma, um consumidor que precisa buscar mais conteúdo hoje pode encontrar com precisão o produto que está esperando e encontrar as melhores condições de pagamento sem precisar ir até lá.

Além disso, o produto chegará rapidamente ao endereço solicitado, e o pagamento também pode ser feito online. Portanto, as marcas agora confiam mais na satisfação do cliente. Porque eles precisam divulgar sua boa reputação de uma forma que possa cobrir com precisão o público que desejam alcançar.

2.2 Relações entre vendedores e compradores

Como todos sabem, a Internet mudou completamente a forma de relações e a forma de fazer negócios. Uma operação resultante dessas alterações é a compra e venda de produtos (seja de segunda mão ou novo) a partir de uma distância.

A plataforma de vendas permite que as lojas e particulares comprem e vendam mercadorias, seja para fins comerciais ou mesmo aquelas bugigangas antigas, que são vendidas por particulares para se desfazerem das mercadorias que já não são utilizadas.

No começo, quando estava surgindo às compras online e ainda hoje, quem vai comprar pela internet pela primeira vez, fica sempre com um pé atrás e isso muitas vezes resulta na não compra do cliente em um produto que está interessado. Sites de e-commerce como o mercado livre, amazônia, entre outros, pensando nessa situação, criaram recursos para que o cliente interessado no produto entre em contato diretamente com o vendedor para que o próprio cliente tire dúvidas sobre o produto e que se sinta mais seguro na compra.

Outro recurso muito utilizado pelos sites é o de ranking de vendedores, no qual consiste em, quanto mais produtos e quanto mais bem avaliado é o vendedor, mais ele é impulsionado pelo site. Isso causa com que novos vendedores que queiram vender no site tenham uma vida mais dura para vender sua mercadoria, mas por outro lado, dá mais segurança ao comprador.

3 DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS ONLINE

3.1 Aplicação e relevância

O e-commerce tem crescido bastante a cada ano, por exemplo, de acordo com os dados do e-Bit, no primeiro semestre de 2019 aumentou 12% em relação ao mesmo período do ano passado, mas estima-se que tenha aumentado 15% naquele ano. Portanto, a fim de regulamentar tais relações em ambientes virtuais, o Decreto nº 16. A Resolução nº 7.962 de 2013, que regulamenta o CDC, regulamenta as relações contratuais de consumo na Internet.

O decreto trata das informações que devem constar dos produtos, facilitando o atendimento e o direito de arrependimento. Portanto, o surgimento do e-commerce, além de regulamentar a Lei nº 8.078 / 90, visa também à promoção das relações de consumo na Internet. As informações contidas nos contratos e nos produtos devem ser claras e objetivas, ressaltando-se que há arrependimento no contrato. Certo, o fornecedor é responsável por comunicar o direito de arrependimento estipulado neste acordo.

O artigo 49 do CDC estipula que os consumidores podem abandonar as compras feitas fora de instituições comerciais e produtos adquiridos durante o período de reflexão. O parágrafo primeiro do Decreto nº 7962/13 também regulamenta o art. 5, que assim dispõe: "O consumidor pode exercer o seu direito ao arrependimento pelos mesmos meios que as ferramentas utilizadas no contrato, sem prejudicar os demais meios disponíveis" (BRASIL, 2013). Portanto, desde que respeitado o período de reflexão, pode arrepender-se e obtê-lo da mesma forma. A ascensão do comércio eletrônico e o conseqüente crescimento impulsionaram a economia do país. O desenvolvimento ao longo dos anos é evidente e é considerada uma extensão do comércio tradicional.

É possível observar algumas diferenças entre os dois, por exemplo, aqui o contrato será eletrônico e requer a presença das partes na entidade física para efetivação da compra, pois pode ser feito eletronicamente por meio de assinatura digital.

3.2 Direito de arrependimento

O direito de arrependimento inclui a retirada do consumidor de um produto de determinada mercadoria que é obtido fora da organização comercial por meio eletrônico ou virtual, ou seja, quando o consumidor não está satisfeito com o produto, desiste de comprar o produto porque a compra é feita por meio eletrônico. Sim, o consumidor não verificou pessoalmente o produto, mas deve guardar o produto para poder devolvê-lo.

O artigo 49 do CDC estipula o direito do consumidor de rescindir o contrato firmado com o fornecedor, mas este artigo apenas se refere às compras realizadas fora de instituições comerciais (telefone, internet, etc.), e estipula o prazo de 7 (sete) dias para a devolução. Para o produto, esse período de tempo (também chamado de período de reflexão) começa a partir do momento em que a mercadoria é recebida, durante o qual ele pode verificar a qualidade do produto, mas não pode usá-lo. Segundo Nunes (2018), "A lei garante-lhe 7 dias para reflexão". Não faz sentido exigir que se arrependa no primeiro dia para tentar fazer com que o fornecedor seja notificado num curto espaço de tempo.

Como o consumidor pode comprar produtos indiretamente fora da empresa, ele pode se decepcionar, então esse direito pode proteger essa insatisfação, que é diferente da compra na loja física, na loja física, os consumidores podem entrar em contato diretamente e podem avaliar melhor os produtos. Grinover (2007, apud, Martins, 2012) apontou que os consumidores não precisam provar os motivos da rescisão do contrato de consumo, pois se o contrato for firmado fora da organização comercial, eles podem se arrepender.

Conforme mencionado anteriormente, para exercer o direito ao arrependimento, produtos e obras de arte devem ser adquiridos fora da empresa. No artigo 49 do CDC, em comparação com as pessoas que compram produtos diretamente do mercado, as pessoas que compram produtos eletronicamente parecem ter uma desvantagem e podem determinar o assunto do produto exigido e decidir se o levam para casa.

Após o consumidor comunicar o fornecedor do arrependimento quanto ao produto adquirido, a este compete arcar com os custos da devolução da mercadoria, ou seja, o fornecedor pagará o frete da devolução, assim, por não ser expressa no CDC a forma de reverter o produto, o empresário apresentará duas opções ao consumidor ou a devolução será por coleta domiciliar ou o consumidor vai postar o produto nas agências dos correios.

3.1.1 Devolução do valor

A insatisfação com o produto adquirido ou o arrependimento decorrente da compra possibilita ao consumidor a devolução de seu dinheiro por meio da correção monetária, ao invés de exigir que ele tenha um motivo para devolver o produto, normalmente, é apenas um sinal de arrependimento. O parágrafo único do artigo 49 do CDC estipula que, pelo fato de o consumidor se arrepender do produto, ele devolverá o valor da atualização monetária e o devolverá imediatamente.

No entanto, o consumidor deve notificar o fornecedor da devolução do produto no prazo de sete (sete) dias a partir da data de recebimento do produto, podendo então optar por enviar a devolução pessoalmente ou notificar a empresa onde a devolução será feita.

Assim como os consumidores têm um prazo de reflexão, o fornecedor terá um prazo para finalizar a devolução do valor do produto, mas se houver atraso no valor da devolução, a moeda deverá ser atualizada e devolvida imediatamente. Não há necessidade de atualização. No entanto, se o contrato eletrônico não incluir uma cláusula de reembolso do valor do pagamento do produto, enfrentaremos termos injustos de acordo com a cláusula do art. O artigo II, parágrafo 51 da Lei de Defesa do Consumidor e tais cláusulas tornam o contrato inválido. Quanto aos custos de transporte e postagem, isso será de responsabilidade do fornecedor, pois o fornecedor deve arcar com os riscos de suas atividades econômicas sem onerar os consumidores.

É claro que na prática nem sempre é assim, há casos em que as empresas prestadoras de serviços não restituem o valor do produto ou serviço por alegarem fraude de terceiro já que não houve o recebimento do valor pago no produto, quando, por exemplo, o consumidor pagou o boleto emitido pelo fornecedor, porém ocorreu alguma falha técnica entre o banco e a empresa.

O fornecedor além de reembolsar o valor também irá arcar com as despesas provenientes de frete ou taxa de serviço instalado, visto que quanto ao direito de arrependimento não é exercido o ônus, e ainda que o pagamento tenha ocorrido por cartão de crédito ou débito, cabe à empresa informar ao banco que suspenda a transação bancária ou então faça o estorno do valor debitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa proposta visa fornecer mais informações e esclarecimentos sobre a lei de compra na Internet, não só para os consumidores, mas também para toda a sociedade no que se refere ao art. Artigo 49 da Lei nº 8.078 / 90, e art. Decreto federal 7.962 / 13 de 5. Este direito aplica-se às compras feitas por telefone ou pela Internet fora de uma organização comercial, sem a necessidade de o consumidor se dirigir à organização.

É óbvio que o progresso tecnológico e o desenvolvimento da Internet são essenciais para o surgimento do comércio. O e-commerce também é chamado de e-commerce. No processo de pesquisa, descobriu-se que o advento do CDC foi considerado tardio, pois vários países no mundo já possuem suas próprias regulamentações e órgãos de proteção aos consumidores instituídos e, no Brasil, aplicam-se as regras do Código Civil de 1917 para enfatizar o consumo.

No que se refere ao relacionamento entre os consumidores, é preciso ressaltar que a proteção ao consumidor é garantida pela Constituição Federal de 1988 em seus aspectos artísticos. 5. O Projeto XXXII é, portanto, um direito básico.

No entanto, de acordo com a Resolução da Anac (Administração Nacional de Aviação Civil) nº 400/2016. Após o recebimento do aviso de retirada, a espera pelo mesmo período de reflexão para devolução do valor do produto ou serviço de instalação deve ser realizada imediatamente e os ajustes de moeda devem ser feitos, pois a parte devedora será a única responsável pelos custos e despesas incorridos com a devolução.

Acredita-se que o direito de se arrepender de fazer compras pela Internet é muito importante na atual relação de consumo, é por meio desse direito que o consumidor pode abrir mão da segurança de determinada compra sem um determinado motivo. Esse direito atenderá às necessidades dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

MASSON, C. et al. **Interesses Difusos e Coletivos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANÁLISE DA INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO REGULAR NO ESTADO DO TOCANTINS

ANA BEATRIZ MARTINS BORGES:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins e
Servidora Pública

IGOR DE ANDRADE BARBOSA⁴⁸

(orientador)

RESUMO: A discussão da efetiva inclusão é de suma importância, não só para as pessoas com deficiência, mas para toda a coletividade, pois essa é a ponte para uma sociedade mais tolerante com a diversidade, tratando os desiguais de acordo com sua desigualdade, além da oportunidade de praticar, diariamente, sentimentos nobres como respeito, empatia, solidariedade e muitos outros. A matéria entrou no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que no art. 208 responsabilizou o Estado a garantir atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino. Mesmo institucionalizando condições favoráveis à inclusão, a carta magna não legislou normas específicas para que esse fato acontecesse. A matéria ganhou mais força com o tratamento internacional como a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, realizada em assembleia da ONU em Nova York no ano de 2006, na qual o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico com força de emenda constitucional, por ser uma convenção que versa sobre Direitos Humanos. Houve um divisor de águas, desde então, provocando alterações na legislação brasileira, alterando e inserindo normas específicas com a finalidade do alcance desse novo tempo. Essas mudanças legislativas tornaram mais comum a presença de alunos, que antes eram segregados em diversas instituições, com deficiência e com elas suas necessidades especiais. Esse novo momento trouxe, conseqüentemente, muitos desafios para os profissionais da educação. Esse artigo científico busca identificar, relatar e discutir esses desafios no sistema educacional no estado do Tocantins, além de verificar a aplicabilidade das legislações pertinentes.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Educação; Inclusão; Pessoa com Deficiência.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A especial proteção da pessoa com deficiência e sua inclusão no sistema educacional brasileiro. 1.1 Convenção de Nova York e seu protocolo facultativo. 1.2 Direito fundamental à educação inclusiva. 2 Censo da educação básica. 2.1 Educação inclusiva. 2.2 Amostra das opiniões dos profissionais da educação do Tocantins sobre educação inclusiva. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A definição de deficiência pode ser confundida com incapacidade, defeito insanável, ou até mesmo como doença, sendo essa uma visão completamente preconceituosa e ultrapassada. Atualmente, a deficiência é definida como um impedimento de longo prazo de natureza física, mental,

⁴⁸ Defensor Público Federal de 1º Categoria no Tocantins e Professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A presença das pessoas com deficiência na sala de aula do ensino regular não aconteceu repentinamente. Houve um caminho longo e árduo na legislação e na sociedade para que esse fato viesse acontecer.

É possível observar quatro fases no sistema educacional. A primeira é representada com total exclusão da pessoa com deficiência na sala de aula, na qual era tida como indigna do ambiente escolar e impedida da oportunidade de aprender, compreender ou participar de um convívio social. Essa fase é marcada pela extrema intolerância da sociedade e invisibilidade das pessoas em tal condição.

Posteriormente, o assistencialismo era a principal característica do sistema educacional, sendo realizado em institutos segregados com a intenção reabilitadora, focando mais na patologia que na pedagogia, gerando uma subdivisão na educação: educação normal e educação especial.

Em seguida, vem a fase integradora na qual o educando com deficiência era inserido no ensino regular, porém tinha que ser lapidado para adaptar-se ao modelo aplicado, exigindo o alcance de um nível de capacidade compatível com os padrões sociais existentes. Nesse sentido, a permanência desses discentes dependia unicamente de seus progressos, o que raramente acontecia, pois o sistema não garantia a autonomia, promoção das habilidades ou participação no contexto educacional ou social.

Enquanto a inclusão, que é a fase mais recente do sistema educacional, é uma transformação social e construção de conceitos pré-estabelecidos. Nesse cenário o educando com deficiência ou necessidades especiais recebe um protagonismo com a participação educacional e social efetiva no ambiente escolar, sendo esse recebido por meios acessíveis para seu pleno desenvolvimento. Diante do exposto, surge o seguinte questionamento: Quais os principais desafios existentes para a efetivação do direito à inclusão da pessoa com deficiência no sistema educacional de Palmas?

Para responder esse questionamento foi utilizado o método indutivo como forma de investigação, pois partiu das particularidades das pessoas que possuem deficiência para a amplitude dos benefícios da educação. Para tanto, são selecionadas técnicas de pesquisa descritiva na modalidade de pesquisa de campo, com o objetivo de compreender a real situação dos objetos analisados, fornecendo dados que ajudem as pessoas a explicar seu comportamento no dia a dia, sendo realizada a devida qualificação a fim de descrever quais os desafios existentes para a efetivação do direito fundamental da educação inclusiva, com o objetivo principal relatar os principais desafios existentes para a efetivação da inclusão das pessoas com deficiência no sistema educacional de Palmas.

O artigo explorou da coleta e processamento de dados Censo da Educação Básica realizada em 2019 no estado do Tocantins a fim de quantificar os discentes que usufruem da inclusão. Além de realizar um questionário com um número significativo de docentes e outros profissionais da educação, com a finalidade de pontuar a subjetividade das dificuldades enfrentadas na inclusão no olhar daquele que é a ponte para a educação.

1 A ESPECIAL PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA INCLUSÃO NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO

Se hoje se fala de inclusão é porque durante muito tempo a pessoa com alguma deficiência era excluída socialmente. Apesar de ter poucas evidências históricas de como eram tratadas nos primórdios da humanidade, estudiosos afirmam que as pessoas que nasciam “anormais” sofriam práticas de abandono, negligência e de extermínio. Mesmo na idade média com a concepção do homem como criatura divina oriunda do cristianismo, as pessoas que tinham deficiência eram isoladas em instituições, asilos ou conventos, onde eram acolhidas como pecadores ou como consequência de pecados.

A inclusão social da pessoa com deficiência foi constituída com luta, lágrimas, tortura, exclusão, piedade e segregação. O acesso à educação dessas pessoas foi um processo muito lento em comparação ao desenvolvimento educacional das demais pessoas. A oferta à educação para as pessoas com deficiência mudou bastante com o passar dos anos.

No Brasil, após longos anos de descaso com o ensino desse grupo com maior vulnerabilidade, a atenção a esse tema ganhou mais força no século XIX com criações de institutos especializados como, por exemplo, o Instituto dos Meninos Cegos (atual Instituto Benjamin Constant) e o Instituto dos Surdos-Mudos (hoje, Instituto Nacional de Educação dos Surdos).

O perfil dessas instituições era, contudo, voltado simplesmente às deficiências visuais e auditivas, continuando a excluir as limitações físicas e intelectuais. Esse cenário começou a mudar no século XX, quando inicia uma articulação de uma política de educação especial, com o surgimento de instituições como a Sociedade Pestalozzi do Brasil e APAE.

Em 1969, o Brasil contava com mais de 800 escolas especializadas na educação das pessoas com deficiência intelectual. Na década de 1980 a educação especial começa a ganhar o caráter de inclusão, o primeiro passo para isso foi a promulgação da Constituição Federal, em 1988, que no Art. 208, III, traz: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.” Em 1996, foi publicada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que no seu texto confirma que a educação especial deve ser oferecida, preferencialmente na rede regular de ensino e deve haver serviço de apoio especializado.

1.1 Convenção de Nova York e seu protocolo facultativo

Até o ano de 2006, não havia um diploma específico sobre direito da pessoa com deficiência no âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU), mesmo 10% da população mundial ter alguma deficiência.

A invisibilidade no que tange aos direitos das pessoas com deficiência é particularmente agravada pela separação existente entre elas e o grupo social majoritário, causada por barreiras físicas e sociais. Mesmo quando há notícia pública da marginalização, há ainda o senso comum de que tal marginalização é fruto da condição individual (modelo médico da deficiência) e não do contexto social. (RAMO, 2018, p. 296)

Um grande passo para suprir a lacuna normativa que assegura os direitos desse grupo social, até então segregados mundialmente, foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Facultativo, assinados em 2007 em Nova Iorque. Um acontecimento de grande relevância, pois trata dos direitos de um grupo mais vulnerável que merece uma proteção diferenciada no contexto das normativas relativas aos Direitos Humanos, e também recebe um tratamento jurídico diferenciado, uma vez que a convenção foi internalizada no ordenamento, observando o rito do art. 5º parágrafo 3º, com status de emenda constitucional.

A Convenção surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo um relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial. (PIOVESAN, 2013, p. 284)

Na edição do artigo primeiro da normativa o legislador internacional se preocupou mais com a garantia de que pessoas com deficiência possam gozar dos direitos humanos e de sua liberdade fundamental, do que propriamente em instituir novos direitos e reforça a ideia de que barreiras sociais podem impedir a participação do segmento em condições de igualdade. A igualdade material é um composto que pressupõe o respeito às diferenças pessoais, não significando o nivelamento de personalidades individuais.

A trajetória da integração para a inclusão auxilia a compreensão da mudança de perspectiva no tratamento da deficiência e é bem identificada na área da Educação. A adoção da matéria pela Convenção foi essencial para essa mudança.

A inclusão escolar é o caminho mais adequado para que todos os alunos possam receber uma educação de qualidade. A escola deve ser o ambiente com a capacidade de acolher qualquer aluno e de lhe oferecer respostas educativas compatíveis com as suas necessidades, expectativas e habilidades.

O texto da Assembleia Geral da ONU, no seu artigo 24, deixa claro que:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida [..]

Vale acrescentar que o direito à educação inclusiva não é sinônimo de segregação da pessoa com deficiência em ambientes educacionais diferenciados, distanciando do convívio com as demais pessoas.

Segregação é conceituada como a separação de alunos em desvantagem potencial nas escolas. Nos antigos modelos de ensino e aprendizagem destinados às pessoas com deficiência, distanciavam o convívio com outros alunos, pois eram ministradas em estabelecimentos ou salas diferenciadas.

Esse fato distanciava o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana, além de esquivar do máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais. Os objetivos da Convenção seguiram esse raciocínio para a inserção dessas pessoas ao convívio comum com outros alunos.

Para que esse direito seja realizado, a produção escrita da Convenção garante que os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário sob alegação de deficiência.

A exclusão da PcD do processo de aprendizagem desqualifica as suas potencialidades, além de apontá-las como incapazes de adquirir habilidades comuns.

Corroborando Boneti:

[...] excluir significa expulsar do mundo dominante, significa, literalmente, pôr para fora dos parâmetros e das normas que regem as relações sociais, é não apenas marginalizar e sim desconsiderar a existência humana. Excluir significa criar e perpetuar condições sociais que tornam permanente o ato de morrer. (BONETI, 1988, p. 15).

Estar em estado de exclusão é incompatível com a ideia de conviver em estado de igualdade, tirando possibilidade de participação na sociedade e das relações sociais. Segundo Martine Xiberras (1993, p. 21), "excluídos são todos aqueles que são rejeitados de nossos mercados materiais ou simbólicos, de nossos valores".

Os Estados Partes que adotaram as escritas da assembleia deverão garantir que as PcD possam acessar ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem. Gracindo afirma que:

O Sistema Municipal de Ensino, para atender às necessidades do aluno de ensino especial deve assegurar: currículos, técnicas, recursos educativos e organização adequada [...] professores com especialização adequada em

nível médio ou superior, para atendimento especializado [...] e professores de ensino regular capacitados para a integração dos educandos com necessidades especiais nas classes comuns; educação especial para o trabalho, visando sua efetiva integração na vida em sociedade [...] (GRACINDO, apud BRZEZINSKI, 2000).

Nesse sentido, a formação e capacitação dos profissionais da educação para lidar com o processo de educação inclusiva é importante e necessária para garantir que tanto os alunos da rede regular de ensino quanto as pessoas com alguma deficiência vivenciem um processo educativo comprometido com a qualidade do ensino, vivenciando a riqueza que a diferença proporciona.

A modificação das escolas para o modelo inclusivo adota medidas concretas de acessibilidade pode ser extremamente libertador, transformando a possibilidade entre as crianças e seu desempenho. Mazzoni (2001, p. 31) considera que “[...] a acessibilidade não deve ser caracterizada por um conjunto de normas e leis, e sim por um processo de observação e construção, feitos por todos os membros da sociedade.”

Ao impor barreiras no meio social impede o livre acesso aos ambientes comuns, dificultando ou, até mesmo, impossibilitando sua autonomia e independência. Para Sasaki (2005, p. 5) acessibilidade pode ser agrupada em seis dimensões distintas, conforme estabelece a seguir: arquitetônica, comunicacional, metodológica, instrumental, programática, atitudinal.

Os Estados que adotarem o texto instituído devem assegurar as PcD a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias, facilitando sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, a Convenção estabeleceu as medidas necessárias:

a)Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares; b)Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade linguística da comunidade surda; c)Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

A linguagem é um fator social importante em sua função natural de comunicação, expressão e compreensão, sendo também uma ferramenta necessária para o processo de formação da personalidade, percepção e conhecimento. Mas para que isso aconteça é exigido condições necessárias para sua formação.

A função inicial da linguagem é comunicativa. A linguagem é antes de tudo um meio de comunicação social, um meio de expressão e de compreensão. Geralmente, na análise por decomposição de elementos, esta função da linguagem também se separa da intelectual e ambas eram atribuídas à linguagem como se disséssemos, paralela e independentemente uma da outra. Sabe-se que a linguagem combina a função comunicativa com a de pensar, mas não se investigou, nem se investiga que relação existe entre ambas as funções, o que condiciona sua coincidência na linguagem, como se desenvolvem, nem como estão unidas estruturalmente entre si (VYGOTSKY, 2000, p 21).

A escola deve ser um espaço de desenvolvimento humano, de construção de valores e de cidadania, para que as pessoas adquiram as competências práticas e sociais necessárias para facilitar a participação plena e igualitária das pessoas com deficiência no sistema de ensino e na vida.

1.2 Direito fundamental à educação inclusiva

A definição de educação inclusiva consiste em um processo de transformação da visão educacional, no qual não foca apenas no aprendizado do discente, e sim de toda comunidade escolar como o corpo docente, famílias e todos que a compõe. É necessário, antes de tudo, fazer a distinção de educação especial de educação inclusiva, pois apesar de estarem interligadas, a primeira faz referência a um método de desenvolvimento de potencialidades de pessoas com necessidades especiais, condutas típicas ou altas habilidades.

A segunda amplia o alcance da educação especial, pois é um processo de construção de um ambiente escolar que some a interação social com o ganho de conhecimento a todos que fazem jus a esse direito, possibilitando a oferta de todas oportunidades sociais e educacionais que a rede de ensino pode proporcionar.

Para Prieto, a educação inclusiva:

[...] se constitui pelo apreço à diversidade como condição a ser valorizada, pois é benéfica à escolarização de todas as pessoas, pelo respeito aos diferentes ritmos de aprendizagem e pela proposição de outras práticas pedagógicas, o que exige ruptura com o instituído na sociedade e, conseqüentemente, nos sistemas de ensino. (PRIETO, 2006, p. 8)

A Constituição Federal, ao disciplinar os deveres do Estado, na área da educação, fixa o "atendimento educacional especializado" às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III), com a função identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de

acessibilidade para eliminação de barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas visando a complementação e a autonomia e independência dos alunos.

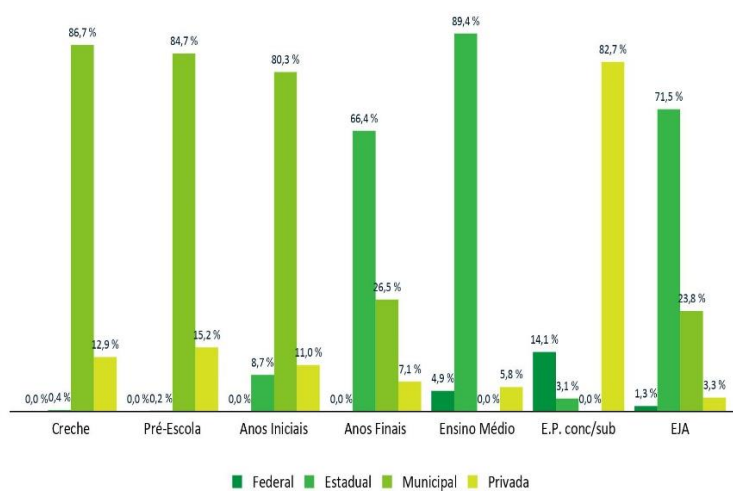
Esse serviço é realizado, prioritariamente, sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola regular no turno oposto ao da educação. Também pode ser realizado em um centro especial de serviço educacional público ou privado sem fins lucrativos em cooperação com convênio com a Secretaria de Educação.

2 CENSO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

2.1 Educação inclusiva

A pesquisa do Censo da educação básica, realizada no ano de 2019, registrou 397.631 alunos matriculados na rede de ensino no estado do Tocantins. Com uma redução de 2,9% se comparado com o número de matrículas do ano de 2015. A rede municipal obteve a dominância na distribuição das matrículas com 49,5% do total de alunos no estado. A distribuição de matrículas por dependência administrativa e etapa de ensino pode ser observada no Gráfico 1.

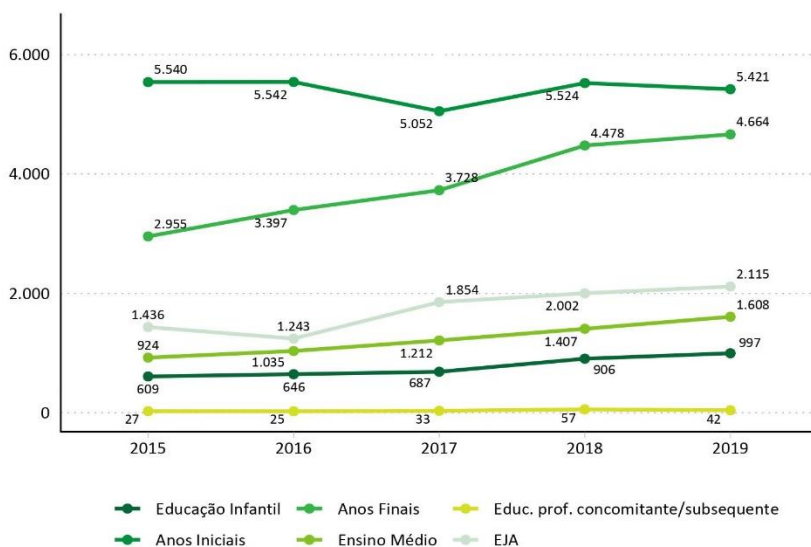
GRÁFICO 1: ALUNOS MATRICULADOS NA REDE DE ENSINO NO ESTADO DO TOCANTINS



Fonte: Elaborado por DEED/Inep com base nos dados do Censo da Educação Básica.

Os institutos que oferecem a educação especial no estado do Tocantins realizaram 14.847 matrículas no ano de 2019, um número maior em relação aos anos anteriores, a maior parte concentrada nas séries iniciais do ensino fundamental, cerca de 36,5%, seguido dos anos finais e EJA, como visto no gráfico 2.

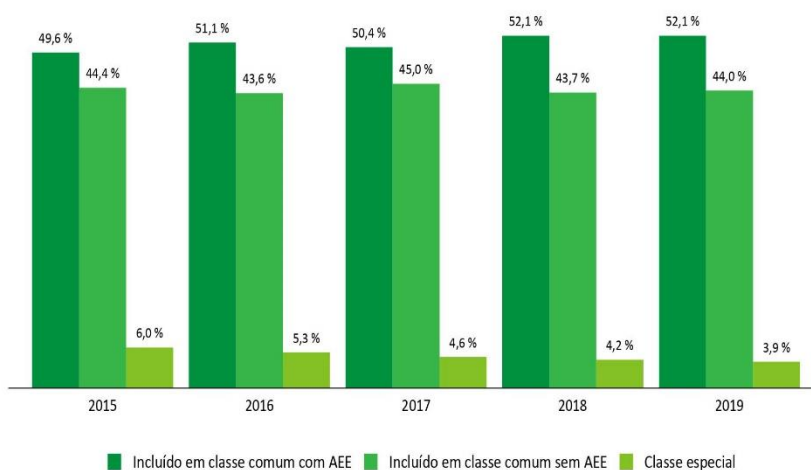
GRÁFICO 2: ALUNOS MATRICULADOS NA REDE DE ENSINO NO ESTADO DO TOCANTINS



Fonte: Elaborado por DEED/Inep com base nos dados do Censo da Educação Básica.

O modelo inclusivo de ensino oferecido a alunos de 4 a 17 anos em 2019 demonstrou um aumento em relação aos anos anteriores. No gráfico 3 pode ser observado, também, a crescente oferta de Atendimento Educacional Especializado (AEE), de 49,6%, em 2015, para 52,1%, em 2019.

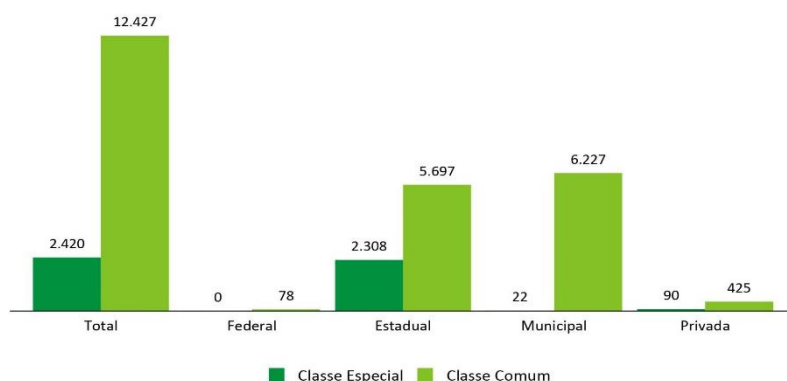
GRÁFICO 3: OFERTA DE ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO



Fonte: Elaborado por DEED/Inep com base nos dados do Censo da Educação Básica.

Quanto ao número de discentes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento ou altas habilidades por dependência administrativa em classes comuns ou classes especiais, observa-se que a rede federal apresenta o maior percentual de alunos incluídos, com 100%. Na rede privada, do total de 515 matrículas da educação especial, 425 (82,5%) estão em classes comuns no estado no estado.

GRÁFICO 4: NÚMERO DE CLASSES COMUNS OU CLASSES ESPECIAIS

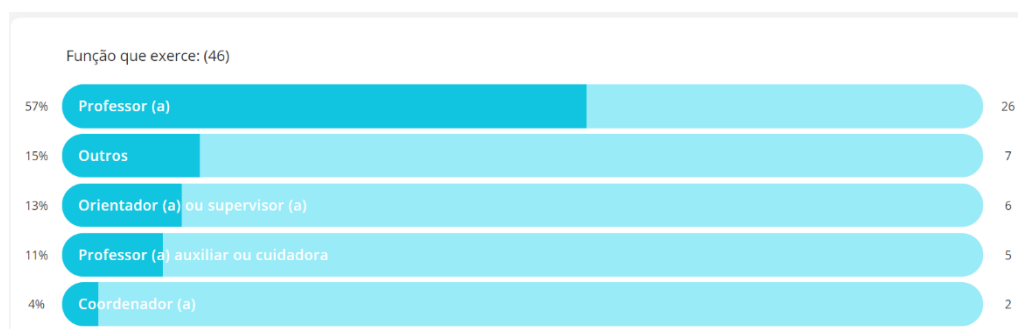


Fonte: Elaborado por DEED/Inep com base nos dados do Censo da Educação Básica.

2.2 Amostra das opiniões dos profissionais da educação do Tocantins sobre educação inclusiva

Com o objetivo de relatar os principais desafios existentes para a efetivação da inclusão das pessoas com deficiência no sistema educacional do Tocantins, foi realizado um questionário com 46 profissionais da educação no estado, tendo a subjetividade como uma das principais características, sendo 57% de professores e 13% de orientadores ou supervisores dentre as funções exercidas pelos entrevistados.

GRÁFICO 5: FUNÇÕES DOS ENTREVISTADOS



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Quando questionados se já tiveram contato com a inclusão da pessoa com deficiência na sala de aula ou no ambiente escolar, 96% responderam que já tiveram essa experiência e 30% teve essa vivência pela primeira vez de 5 a 10 anos atrás.

Gráfico 6: Já tiveram contato com a inclusão da pessoa com deficiência na sala de aula ou no ambiente escolar?

Já teve contato com a inclusão da pessoa com deficiência na sala de aula ou no ambiente escolar? (45)



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

GRÁFICO 7: HÁ QUANTO TEMPO TEVE A PRIMEIRA EXPERIÊNCIA COM INCLUSÃO?

Caso a resposta seja "sim" para a pergunta anterior, há quanto tempo teve a primeira experiência com a inclusão? (43)

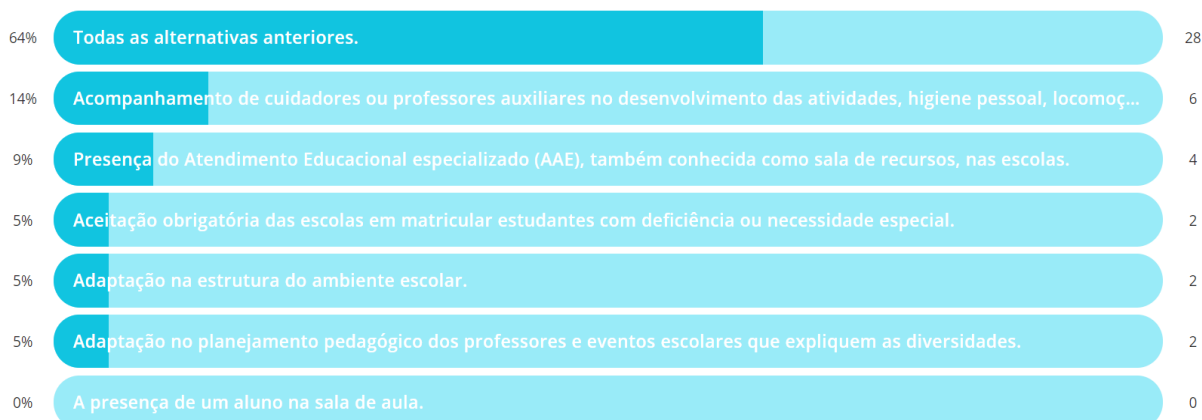


Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Interrogados sobre ideia que mais se aproxima da definição de inclusão escolar, com a presença de um aluno na sala de aula, aceitação obrigatória das escolas em matricular estudantes com deficiência ou necessidade especial, adaptação na estrutura do ambiente escolar, acompanhamento de cuidadores ou professores auxiliares no desenvolvimento das atividades, higiene pessoal, locomoção e socialização, presença do Atendimento Educacional especializado (AAE) nas escolas ou adaptação no planejamento pedagógico dos professores e eventos escolares que expliquem as diversidades, 64% opinaram que todas as alternativas definem a inclusão escolar.

GRÁFICO 8: QUAL IDEIA QUE MAIS SE APROXIMA DA DEFINIÇÃO DE INCLUSÃO ESCOLAR?

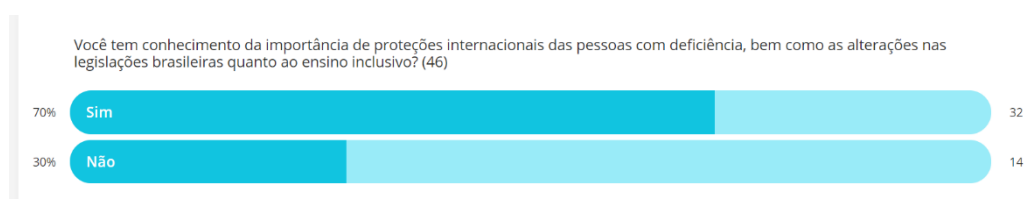
Na sua opinião, qual ideia mais se aproxima da definição de inclusão escolar. (44)



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Quanto a importância de proteções internacionais das pessoas com deficiência, como a Convenção de Nova York e seu protocolo facultativo e tratado de Marraqueche, bem como as alterações nas legislações brasileiras quanto ao ensino inclusivo, 70% dos entrevistados responderam que tem esse conhecimento.

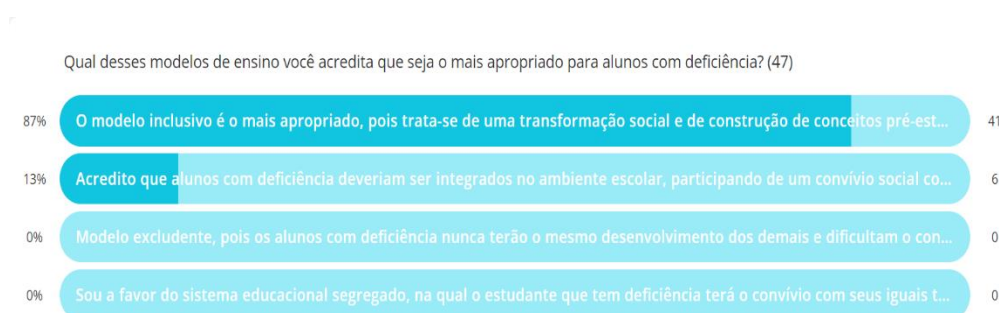
Gráfico 9: Você tem conhecimento da importância de proteções internacionais das pessoas com deficiência, como a Convenção de Nova York e seu protocolo facultativo e tratado de Marraqueche?



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Em relação aos modelos de ensino, foi pedido para julgar aquele que seja o mais apropriado para alunos com deficiência, com o modelo excludente, pois os alunos com deficiência nunca terão o mesmo desenvolvimento dos demais e dificultam o convívio social no ambiente escolar, o sistema educacional segregado, na qual o estudante que tem deficiência terá o convívio com seus iguais tendo a educação especial e assistencialista, um modelo de ensino em que alunos com deficiência deveriam ser integrados no ambiente escolar, participando de um convívio social com os demais alunos sem deficiência, porém sendo mantidos em salas separadas para o melhor rendimento no contexto educacional. Mas 87% dos profissionais responder que o modelo inclusivo é o mais apropriado, pois trata-se de uma transformação social e de construção de conceitos pré-estabelecidos. Nesse cenário o estudante com deficiência recebe um protagonismo com sua efetiva participação educacional e social no ambiente escolar.

GRÁFICO 10: QUAL DESSES MODELOS DE ENSINO VOCÊ ACREDITA QUE SEJA O MAIS APROPRIADO PARA ALUNOS COM DEFICIÊNCIA?

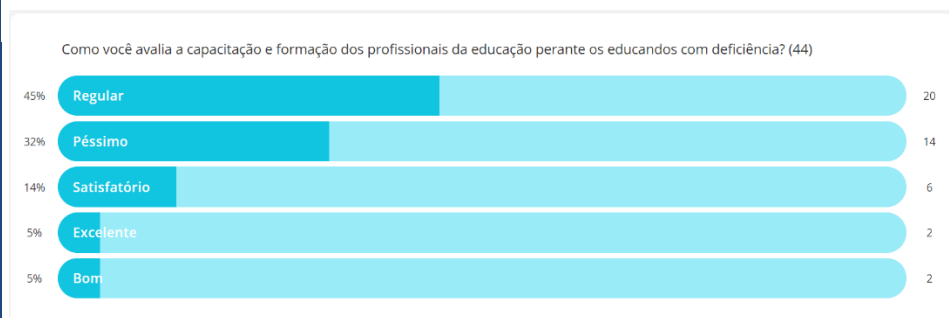


Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Questionados sobre a capacitação e formação dos profissionais da educação perante os educandos com deficiência, 45% avalia como regular. Sobre quanto se sente preparado para receber

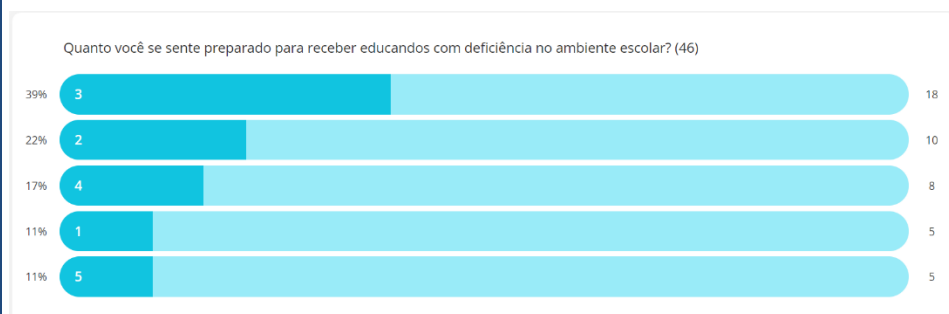
educandos com deficiência no ambiente escolar, sendo 1 totalmente despreparado 5 para extremamente preparado, 39% dos entrevistados se autoavaliaram com nota 3.

GRÁFICO 11: COMO VOCÊ AVALIA A CAPACITAÇÃO E FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO PERANTE OS EDUCANDOS COM DEFICIÊNCIA?



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

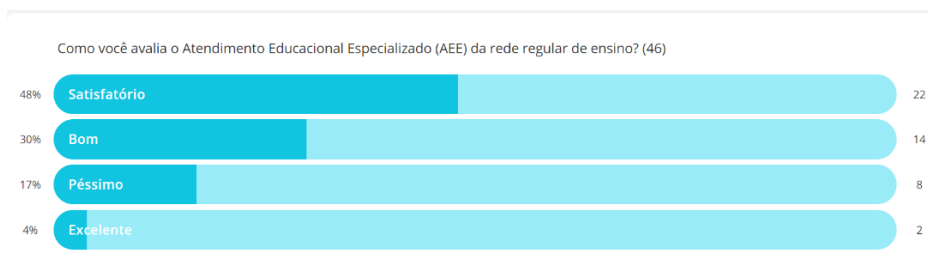
GRÁFICO 12: QUANTO VOCÊ SE SENTE PREPARADO PARA RECEBER EDUCANDOS COM DEFICIÊNCIA NO AMBIENTE ESCOLAR?



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

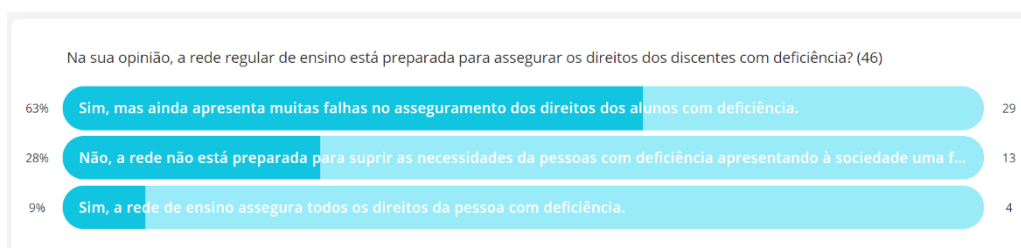
Em relação ao Atendimento Educacional Especializado (AEE) da rede regular de ensino, 46% avalia como satisfatório, conforme o gráfico 13. Quanto o asseguramento dos direitos dos discentes com deficiência na rede regular de ensino 29 pessoas responderam que sim, mas ainda apresenta muitas falhas no asseguramento dos direitos dos alunos com deficiência e 13 pessoas responderam que a rede não está preparada para suprir as necessidades das pessoas com deficiência apresentando à sociedade uma falsa inclusão.

GRÁFICO 13: COMO VOCÊ AVALIA O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO (AEE) DA REDE REGULAR DE ENSINO?



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

GRÁFICO 14: NA SUA OPINIÃO, A REDE REGULAR DE ENSINO ESTÁ PREPARADA PARA ASSEGURAR OS DIREITOS DOS DISCENTES COM DEFICIÊNCIA?



Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível entender a mudança na postura do legislador brasileiro em relação ao modelo de ensino predominante ao discente com deficiência. Como parte fundamental nessa transição é a legislação internacional, como a Convenção de Nova Iorque realizada pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) em 2006, sendo recibo ao ordenamento jurídico brasileiro com força constitucional, sendo pautado o asseguramento dos direitos das pessoas com deficiência, como o direito a educação inclusiva de qualidade. Desde então a presença desses alunos na sala de aula do ensino regular, vem aumentando significativamente no Brasil e no Tocantins. Esta pesquisa demonstrou que os principais desafios existentes para a efetivação da inclusão da pessoa com deficiência é a qualificação e a preparação dos profissionais que lidam, diariamente, com o modelo de ensino, bem como a falta de ações do poder público na criação, desenvolvimento, implementação, incentivo, acompanhamento e avaliação do sistema educacional inclusivo no estado do Tocantins.

REFERÊNCIAS

BONETI, L. W. **Estado e exclusão social hoje**. In: Zarth, P. (org.). Os caminhos da exclusão social. Ijuí: Unijuí, 1988.

GRACINDO, Regina Vinhae. **Os sistemas municipais de ensino e a nova LDB: limites e possibilidades**. In: Brzezinski, I. (org.). LDB INTERPRETADA: diversos olhares se entrecruzam. São Paulo: Cortez., 2000.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Resumo Técnico: **Censo da Educação Básica Estadual 2019** [recurso eletrônico].

- Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2020.

MAZZONI, Alberto Angel et al. **Aspectos que interferem na construção da acessibilidade em bibliotecas universitárias**. Revista Ciência da Informação [online]. 2001, v. 30, n. 2, p.29-34. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010019652001000200005&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 19 mai. 2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

PRIETO, R. G. **Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas de educação no Brasil**. In: ARANTES, V. A. (Org.). Inclusão escolar: pontos e contrapontos. São Paulo: Summus, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Conceito de Acessibilidade**. Disponível em:

<<http://www.escoladegente.org.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2021

VIGOTSKY, L. **Estudo experimental sobre a formação de conceitos**. São Paulo. Martins: Fontes, 2000.

XIBERRAS, Martine. **Les theories de l'exclusion**. Paris: Meridiens-Klincksieck, 1993.

PACOTE ANTICRIME: AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PARA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL

ROGERIO RODRIGUES PORTO:
Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO 49
(orientador)

RESUMO: O elencado artigo enfatizou um aporte científico de uma das temáticas envoltas de grande discussão desde o ano de 2019 ao discorrer sobre o Pacote Anticrime e suas alterações por meio das principais alterações para sistemática processual penal no Brasil. Para tanto, o problema pelo qual buscou respostas consistiu em verificar quais as reformas mais relevantes operadas no CPP pelo pacote anticrime com a modernização trazida pela Lei nº 13.964/2019. No que tange ao objetivo geral delineou-se em apresentar as reformas mais relevantes operadas no CPP pelo pacote anticrime, e a modernização trazida pela Lei 13.964/2019. Dessa forma, a metodologia adotada foi de uma pesquisa de natureza básica, com abordagem qualitativa, objetivo exploratório-descritivo para consubstanciar o estudo bibliográfico em doutrinas de processo penal e artigos sobre a alteração legislativa para referendar o método da revisão de literatura sobre o tema. Ao concluir verificou-se que as alterações propostas buscam combater o crime e a corrupção existente no território brasileiro de forma a garantir a efetividade e celeridade das ações processuais.

Palavras-chave: Reformas Processuais. Ordenamento Jurídico. Pacote Anticrime.

ABSTRACT: The article emphasized a scientific contribution of one of the themes covered by a discussion since 2019 when discussing the Anti-Crime Package and its amendments through the main changes to the criminal procedural system in Brazil. To this end, the problem for which he sought answers was to verify what are the most relevant reforms operated in the CPP by the anti-crime package with the modernization brought by Law No. 13.964/2019. With regard to the general objective, it was outlined in presenting the most relevant reforms operated in the CPP by the anti-crime package, and the modernization brought by Law 13.964/2019. Thus, the methodology adopted was a basic research, with a qualitative approach, exploratory-descriptive objective to embodies the bibliographic

49 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas

study in doctrines of criminal procedure and articles on the legislative change to refer to the method of literature review on the subject. In conclusion, it was found that the proposed changes seek to combat crime and corruption existing in The Brazilian territory in order to ensure the effectiveness and speed of procedural actions.

Keywords: Procedural Reforms. Legal System. Anti-Crime Package.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil ocorreu uma significativa mudança na sistemática do processo penal no ordenamento jurídico, quando no dia 24 de dezembro de 2019, publicou-se a Lei nº 13.964 que ficou conhecida no território brasileiro como o “Pacote Anticrime”, ao ser publicada no Diário Oficial da União, como uma nova redação promulgada que trouxe em seu escopo a amplitude de aperfeiçoar a legislação no que tange aos aspectos da esfera Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e Lei Extravagante.

Dessa forma, o elencado pacote, alterou e modificou inúmeros dispositivos, porém a sua integralidade entrou em vigor a partir do dia 23 de janeiro de 2020. Entretanto frisa-se, que antes de ser instituído o respectivo pacote ocorreu alguns questionamentos referente a sua efetividade em algumas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, dentre elas: a ADI 6.298, a ADI 6.299, a ADI 6.300 e a ADI 6.305.

Essas discussões ocorreram após análises de alguns dispositivos da Lei, que foram suspensos sem período determinado, todavia, algumas alterações firmadas no Pacote Anticrime, instituiu como regra a persecução do crime de estelionato, colocando a ação pública condicionada à representação, e a possibilidade de extinção da punibilidade.

Nesse sentido, as alterações efetivadas pela Lei nº 13.964/2019, trouxeram significativas discussões sobre a sua efetividade, visto que a Constituição Federal de 1988, já tinha delimitado fins garantistas ao expressar os inúmeros direitos fundamentais ao cidadão, principalmente correlacionado à política criminal e a punibilidade.

Este pacote Anticrime foi sancionado ao reunir em seu corpo narrativo propostas e reformas que segundo Mendes e Martinez (2020, p. 14), coloca o “Brasil no centro da atual discussão em torno dos modelos de intervenção jurídico-penal, surgindo a questão quanto à delimitação das consequências advindas dos elementos que caracteriza, as sociedade pós-industriais à política criminal e à dogmática penal”.

Assim, neste diálogo epistemológico, evidencia-se que a aplicação e a previsão das sanções penais em consonância com a ideia de Ferrajoli (2006), constituem o resultado de uma ação racionalmente dirigida à imposição da violência, incorporando na íntegra as constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos e encontrados nos

princípios do Estado de Direito moderno e que correspondem às perguntas de quando, como e por que proibir, julgar e punir.

Sendo estes organizados em:

- Princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito;
- Princípio da legalidade (lato e estrito)
- Princípio da necessidade (ou da economia no direito penal);
- Princípio da ofensividade ou lesividade do evento;
- Princípio da materialidade (ou exterioridade da ação);
- Princípio da culpabilidade (ou da responsabilidade penal);
- Princípio da jurisdicionalidade (sentido lato ou estrito);
- Princípio acusatório (ou da separação entre juiz e acusação);
- Princípio do ônus da prova (ou da verificação); e
- Princípio do cotraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Contudo, as medidas do pacote anticrime buscam pela aplicação de mecanismos por intermédio de ações do punitivismo no qual as penas serão mais graves em consonância aos processos utilitaristas que possam promover a celeridade nos julgamentos dos processos.

Diante deste contexto, para consubstanciar resultados referente as principais alterações com a institucionalização do Pacote Anticrime se fez primordial compreender cientificamente se houve uma grande evolução no Processo Penal brasileiro com a elencada reforma no ordenamento jurídico.

À vista disso, a questão problema consistiu em verificar se havia uma necessidade de atualização do processo penal enfatizando em uma perspectiva a análise se a referida lei conseguiu realizá-la de forma parcial ao nortear: Quais as reformas mais relevantes operadas no CPP pelo pacote anticrime com a modernização trazida pela Lei nº 13.964/2019?

Sendo que o objetivo geral buscou apresentar as reformas mais relevantes operadas no CPP pelo pacote anticrime, e a modernização trazida pela Lei 13.964/2019. E os objetivos específicos em: discorrer sobre as origens do atual código de processo penal; identificar a reforma operada pelo pacote anticrime; comentar alguns dos dispositivos acrescentados dentro do CPP.

Para consubstanciar os resultados do respectivo trabalho organizou-se os procedimentos metodológicos de uma pesquisa com características básicas, com objetivo exploratório descritivo, para contextualizar um estudo bibliográfico em doutrinas de

processo penal e artigos sobre a alteração legislativa para referendar o método da revisão de literatura sobre o tema.

Trata-se de uma temática essencial em tempos contemporâneos para estudantes, professores, e profissionais que atuam no ordenamento jurídico, principalmente pelas alterações ocorridas na sistemática processual penal no país.

Em face deste contexto, a estrutura deste artigo foi planejada em 04 (quatro) seções, de forma inicial com a primeira seção discorrendo a introdução para situar o leitor acerca do objeto e das discussões no perfilar da pesquisa.

Na segunda seção evidenciou-se as origens do atual Código de Processo Penal mensurando uma retrospectiva histórica. A terceira seção discorreu-se sobre a reforma operada pelo Pacote Anticrime. E, por fim, apresentou-se na última seção a conclusão realizando o fechamento dos resultados alcançados na visão do pesquisador.

2 AS ORIGENS DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

De forma inicial, para discutir sobre as questões envoltas do CPP é preciso entender na visão de Nucci (2021, p. 3), os princípios do processo penal: “princípio, etimologicamente, que significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação”.

Além de Nucci, o termo processo vem contextualizado por Capez (2012, p. 45), como um dos modos de solução do conflito de interesses, caracterizado pela lide penal.

Assim, com a ideia do autor, pode-se compreender que os motivos pelos quais existem no ordenamento jurídico brasileiro um número excessivo de tramitação processual voltado para área penal, causando a morosidade na prestação dos serviços jurisdicional para a sociedade.

Dessa forma, o estudo da teoria processual é considerado por alguns autores como um dos ramos mais modernos da ciência do direito, e durante um longo período foi limitado a descobrir os fenômenos processuais (GOLDSHIMIDT, 2006). Diante deste escopo, entende-se que as reformas processuais ocorrem de maneira que garantam a celeridade e a racionalização nos sistemas, visando uma otimização e ao mesmo tempo uma justificativa da sua existência no ordenamento jurídico.

Para tanto, ao longo da história, no Brasil, se faz essencial discorrer sobre o Código de Processo Penal perfazendo uma busca pelas suas origens para evidenciar o entendimento em tempos contemporâneos, visto que assim existe a possibilidade de discussão sobre as reformas legais que constituíram o respectivo documento legal.

Aduz Batista (2015, p. 31), que o CPP surgiu a partir de uma:

reforma processual no Brasil devido há um “embaçamento” da discussão sobre a questão criminal, gerado por basicamente dois fatores: o aumento do controle de força sobre os indivíduos que se encontram fora do mercado de trabalho, como necessidade do capital neoliberal; e a infestação por uma cultura norte-americana policial e prisional.

Tão logo, neste resgate da historicidade inicia-se com um aprofundamento quando Mata (2015, p. 3), destaca que “a escravatura, foi um marco de violência, agressões, mortes, maus tratos; muitas guerras, penas de morte, torturas, prisões, banimentos, crimes de sangue; até nos relatos bíblicos tem-se o registro de diversos acontecimentos cruéis.

Diante do quadro, era imprescindível que houvesse no direito garantias para seguridade da sobrevivência humana com a criação de leis voltadas a atribuição de penas para aqueles que não respeitassem os valores éticos e morais, para diminuir a situação daquele momento, visto que ocorria uma cultura de não aplicação da justiça.

Nesse sentido, ocorriam as denominadas vinganças pelas próprias mãos contra os criminosos, situação que doravante ficou conhecida o princípio de Talião, popularmente denominado “Olho por olho, dente por dente”. Segundo a concepção de Greco (2017, p. 48):

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que foi editada. Isso porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada à vingança privada”.

Além disso, no contexto histórico esse formato de justiça pode ser enfatizado como a primeira lei que determinou uma forma de castigar o infrator por meio de uma devolutiva ocasionada pelo mesmo formato da dor realizada no ato anteriormente efetivado.

Doravante, ao ressaltar sobre o processo penal, mensura-se o seu iniciar na Grécia, pois tanto os gregos quanto os romanos já faziam uma organização para tipificar os tipos de crimes, independente se eram da esfera pública ou privada, visto que no pensamento instituído pelo povo ateniense os crimes públicos prejudicavam de uma certa forma a coletividade, assim sua repressão não dependeria da livre escolha do ofendido (SANTOS, 2010, on line).

Diante desta organização os julgamentos para os delitos efetivados deveriam ser julgados perante uma Assembleia formada pela população perante o Senado e neste momento se faziam os procedimentos quanto a acusação com apresentações de provas respeitando todo o processo com muita seriedade perante o tribunal, e, assim poderiam julgar os homicídios premeditados, os casos de incendiários, de traições, ou seja, todos os tipos de crimes.

Continuando neste percurso histórico demonstra-se que no processo penal em Roma, existia uma separação entre os delitos públicos e os privados, no que tange aos julgamentos, para tanto segundo Tourinho Filho (2010, p. 109):

O Processo Penal Público, em Roma, teve fases interessantes. No começo da Monarquia não havia nenhuma limitação ao poder de julgar. Bastava a *notitia criminis* para que o próprio Magistrado se pusesse em campo, a fim de proceder às necessárias investigações. Essa fase preliminar chamava-se *inquisitivo*. Após as investigações, o Magistrado impunha a pena. Prescindia-se da acusação. Nenhuma garantia era dada ao acusado. Não havia limites ao arbítrio dos Juízes. Era o processo denominado *cognitivo*. Para moderar o arbítrio do Juiz, surgiu a *provocatio ad populum*, com intenso colorido de apelação, concedida pela célebre *Lex Valeria de Provocatione*. O condenado tinha a faculdade de recorrer da decisão para o povo reunido em comício.

Ainda em Roma no seu último século da República surgiu um novo formato denominado *acusatio*, no qual caberia a execução do julgamento por meio de um tribunal popular que em sua composição estavam senadores e posteriormente cidadãos romanos. Entretanto, essa estrutura foi substituída pelo sistema *cognitio extra ordinem* em que o imperador perfaz o tribunal junto com os senadores.

Sobre este momento aduz Mirabete (2008, p. 15), mencionando que os “poderes do Magistrado invade a esfera de atribuições já reservadas ao acusador privado a tal extremo que, em determinada época, se reuniam no mesmo órgão do Estado (magistrado) as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz”.

Seguidamente quanto ao processo penal germânico, teve-se a distinção dos crimes de ordem privada dos públicos, todavia, os julgamentos eram feitos pela administração do reino: rei, príncipe, duque ou conde, por meio de uma Assembleia para decidir a culpa ou inocência, ademais de acordo com Tourinho filho (2010, p. 112):

As principais provas eram os ordálios, ou Juízos de Deus, e o juramento. O acusado jurava não ter praticado o crime de que era

processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelos Juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade. Essa prova do juramento baseava-se na crença de que Deus, conhecendo o passado, pode castigar aquele que jura falsamente.

Observa-se que acreditavam em um julgamento feito pelas ordens divinas usando a água fria ou fervente conhecida como *purgationes* vulgares que consistia ao réu sobreviver as provas com água e com fogo para comprovar a sua inocência ao sobreviver.

Santos (2010, on line), frisa acerca do “processo penal canônico, que surgiu na Igreja e também era conhecido como Direito Penal, que no perfilar da sua inserção no século XII era caracterizado por ser acusatório, não havia juízo”. Caberia a função de julgar os Bispos, arcebispos ou oficiais da igreja.

Mas, neste diálogo Tourinho Filho (2010, p. 113), desprezou-se no século XIII o sistema acusatório e “implantou-se o inquisitivo consagrado pelo princípio de que *Tribus modis processu possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, que era feito acerca das denúncias anônimas”. Com o respectivo cenário eram tomadas decisões extremas na área do processo penal em decorrência da supressão das acusações dos crimes praticados da esfera pública, e estabeleceu-se o *ex officio* para garantir os procedimentos em segredo.

De forma sequenciada Tourinho Filho (2010, p. 114) destaca que “não era percebida nesse momento nenhuma proteção garantida ao acusado”, visto que o início do processo ocorria com uma denúncia anônima.

Por conseguinte, após os momentos históricos percorridos, é importante entender que a legislação, sobretudo a criminal, representa marcos da vida de um povo, assim, ao enfatizar sobre a evolução do processo penal no Brasil escolheu-se o recorte do país ocorrido através da afirmativa feita por Oliveira Filho (2020, p. 14), ao discorrer sobre o Código de Processo Penal brasileiro:

A criação do CPP foi feita na vigência da Constituição de 1937, no chamado Estado Novo, regime imposto por Getúlio Vargas. A inspiração de Getúlio foi a Itália de Mussolini, com a qual seria alinhado o seu governo, destacam-se nesta Constituição: a instituição da pena de morte, supressão de liberdade partidária e de imprensa, anulação da independência dos poderes legislativo e judiciário,

restrição das prerrogativas do Congresso Nacional, penas de exílio a opositores do regime, bem como possibilidade de prisão política

Contribuindo Silva (2013, on line), a elaboração do CPP brasileiro foi inspirada na codificação processual penal italiana da década de 30. Nessa época a Itália estava em pleno regime fascista. Com isso, culminou na elaboração de um código com bases extremamente autoritárias.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal brasileiro, legitimado no Brasil, e encontra-se vigente, foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 no Governo Getúlio Vargas. Todavia, ressalta-se que o respectivo código é o terceiro da historicidade do país, visto que, anteriormente foram instituídos o primeiro no ano de 1830 por meio da Lei de 16 de dezembro do elencado ano por D. Pedro I, e o segundo no ano de 1890 pelo Decreto nº 847 de 11 de outubro.

Frisa-se conforme Oliveira Filho (2020, p. 14), que após a legitimação do CPP de 1940 “imposto por Getúlio tivemos a Constituição de 1946, de linha democrática, característica das constituições que foram editadas no pós II Guerra. Com esta Carta foram reestabelecidos os direitos individuais, o equilíbrio e independência entre os Poderes e outros”. Doravante, o autor mensura que:

novo regime, agora democrático, promoveu uma série de reformas que tiveram que ser feitas no diploma processual, mais especificamente 10 Leis Ordinárias alteraram uma grande quantidade de dispositivos para adequação a nova Constituição, dentre elas: mudança da competência do Júri, vigilância de egressos do sistema prisional, competência de julgamento de recursos, criação dos embargos infringentes, inclusão de prerrogativas a autoridades dos poderes, direito a prisão especial, criação dos recursos especial e extraordinário, entre outras (OLIVEIRA FILHO, 2020, p. 15).

Destaca-se que no ano de 1941, ocorre a instituição do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, do Código de Processo Penal, ao delinear algumas modificações neste diploma legal ao constituir uma nova redação dos artigos 28-A, 79, 84-A, 124-A, 133, 185, 283, 310, 395-A, 421, 492, 584, 609, 617-A, 637 e 638. Entretanto, sequencialmente conforme destacado pelo autor, foi com a Constituição Federal de 1988 que houve o reestabelecimento do regime democrático. Para tanto, o CPP teve algumas reformas no total de 50 (cinquenta) leis que propuseram alterações em vários dispositivos dando uma enormidade para o exercício e aplicabilidade legal do documento. Neste escopo de mudanças, Oliveira Filho (2020, p. 15-16), norteia algumas reformas para compreensão do aporte legislativo do CPP, dentre as quais estão:

- Lei 8.658/1993 - Aplicação do rito do processo originário (Lei 8.038/90) nos Tribunais de Justiça dos Estados e DF e TRFs;
- Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha incluindo mais uma possibilidade de prisão preventiva;
- Lei 11343/2006 – Lei de Drogas, criando um novo rito processual para os crimes previstos na Lei;
- Lei 11.689/2008 – Alteração no procedimento do Tribunal do Júri;
- Lei 11.690/08 – Reforma na apreciação de provas (exigindo o contraditório para apreciação de provas), incumbindo o ônus da prova ao órgão acusador, inadmissibilidade da prova ilícita, forma de produção probatória, etc.;
- Lei 11.719/08 – Modificou os ritos ordinário e sumário, e trouxe normas gerais de recebimento, instrução, julgamento sumário e outras regras;
- Lei 12.403/2011 – Criação de um sistema de cautelares pessoais (prisões e diversas da prisão), fiança, liberdade provisória;
- Lei 13.964/2019 – Lei Anticrime, um conjunto de alterações em diversos ramos penais, criando a figura do Juiz das Garantias, consolidando o CPP como acusatório, exigindo a defesa técnica em alguns casos no Inquérito, modificando a forma de arquivamento do inquérito, criando o acordo de não persecução penal (justiça penal negocial), permitindo a alienação antecipada de bens apreendidos, dando destinação a bens apreendidos, permitindo a utilização de bem sob medida cautelar real para forças policiais, criando a cadeia de custódia de provas, impedindo decretação de prisão de ofício pelo juiz na etapa investigativa, criando a possibilidade de prisão por condenação em primeiro grau no Júri, etc.

Diante do exposto, verifica-se que a última reforma ocorrida no ano de 2019, trata do objeto deste estudo que foi evidenciada de forma detalhada na seção a seguir de forma a consubstanciar o entendimento de sua operacionalização no ordenamento jurídico do país.

3 A REFORMA OPERADA PELO PACOTE ANTICRIME

Para compreender a reforma operacional do Pacote Anticrime, faz-se importante enfatizar a mensagem disponibilizada no link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm, com as

discussões para observar os motivos pelos quais ocorreram as defesas necessárias para a sua promulgação no território brasileiro.

A elencada nota explicativa trazia primeiramente em seu escopo narrativo o traçado inicial ao Exmo. Senhor Presidente da República com apresentações justificáveis para as alterações e legitimação da Lei do Pacote Anticrime (BRASIL, 2019):

a inclusa proposta de alteração do texto do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, , de 15 de julho de 1965, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, da Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018.

Aduzia o documento, que a primeira observação que tratava o respectivo projeto consistia no estabelecimento de medidas contra as corrupções existentes, dos crimes organizados e praticados de forma grave e violenta contra as pessoas, visto que os três aspectos estão interligados no Brasil, principalmente pela crise histórica que perpassa pelo país no que tange a segurança pública e a corrupção.

Após as contextualizações que evidenciava a importância da mudança, o texto discorria que as reformas deveriam ser efetivadas para adequar todo o ordenamento jurídico brasileiro em conformidade com a nova realidade existencial na sociedade, sendo que em seguida demonstrou-se de forma cronológica cada momento histórico do diploma legal, e assim delineou-se sobre:

Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro;

Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal;

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Execuções Penais;

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, crimes hediondos;

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, enriquecimento ilícito;

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, interceptação das comunicações telefônicas;

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, crimes de "lavagem de dinheiro";

Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição;

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, tratamento legal às drogas;

Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, estabelecimentos penais federais;

Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, identificação criminal do civilmente identificado;

Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, organizações criminosas;

Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, serviço telefônico de recebimento de denúncias (BRASIL, 2019).

Diante de todas as exposições no ordenamento jurídico brasileiro no dia 23 de Janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.964 trazendo a instituição de 16 (dezesesseis) artigos do Código de Processo Penal, além de 10 (dez) dispositivos do Código Penal, por meio de algumas inovações legislativas, assim promulgou-se o conhecido Pacote Anticrime.

Nesse sentido, na referida Lei a nova redação determina no Art. 3º que o Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, passa a vigorar com as alterações que são determinadas dos Arts. 3-A a 3-F com a criação do Juiz das Garantias; o Art. 14 quanto a obrigatoriedade da defesa de servidores policiais; Art. 28 quanto a sistemática de arquivamento do Inquérito Policial; o Art. 28-A dos acordos de não persecução penal; Da criação da cadeia de custódia nos Arts. 158-A a 158-F e o aprimoramento do Art. 282 no que tange a prisão preventiva.

Dessa forma, a criação da figura do Juiz das Garantias foi promulgada com uma práxis a ser evidenciada de maneira funcional que seguissem os princípios a seguir:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação;

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos

individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário., competindo-lhe especialmente;

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código;

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.'

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal;

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

(BRASIL, 2019).

Todavia, os respectivos artigos estão suspensos por liminar aguardando as deliberações legais. Outra alteração supracitada anteriormente ocorreu no Art. 14-A, que trata de alguns casos envoltos de servidores vinculados às instituições mensuradas no Art. 144 da CF de 1988, que são os:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital (BRASIL, 1988).

Assim, esses servidores ao serem figuras de atos investigativos em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor respeitando os incisos:

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da

instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem (BRASIL, 2019).

Sequencialmente outra alteração foi constituída no arquivamento dos Inquéritos Policiais delimitada no novo Art. 28:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial." (NR) (BRASIL, 2019).

Assim, como proposta inovadora, estruturou-se legalmente o Art. 28-A determinando o acordo de não persecução penal:

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:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 2019).

Ao discorrer sobre o Art. 28-A, Capriolli (2020, on line), menciona que o acordo de não persecução penal pode ser conceituado como:

Instituto de caráter pré-processual, de direito negocial entre o representante do Ministério Público e o investigado, ou seja, trata-se de negócio bilateral, o que quer dizer que o investigado não está obrigado a aceitar as condições impostas, principalmente quando excessivas.

Para tanto, aduz Nucci (2020, p. 384), que o “acordo de não persecução penal, depende de homologação judicial a ser realizada em audiência, oportunidade em que o magistrado deve averiguar a voluntariedade do investigado, para tanto, este será ouvido na presença de seu defensor”.

Seguindo com as mudanças propostas cita-se a criação da cadeia de custódia nos Arts. 158-A a 158-F:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes,

para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal (BRASIL, 2019).

Neste perfilar de alterações fez-se a determinação no Art. 282 nos §2 ao §6 a mensuração do aprimoramento da medida de prisão preventiva:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão

que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.” (NR) (BRASIL, 2019)

Diante do contexto exposto, o conjunto de alterações foram organizadas na intencionalidade de garantir o combate ao crime organizado e a diminuição das ações corruptivas de forma a reduzir e garantir a efetividade do sistema de justiça criminal em todo o país.

4 CONCLUSÃO

Ao chegar na conclusão deste estudo observou-se a contextualização das origens do Processo Penal para compreender as discussões no entorno das alterações ocorridas pelo Pacote Anticrime no ordenamento jurídico brasileiro em tempos contemporâneos.

As mudanças nos artigos e incisos do CPP evidenciam legalmente novas redações nos Arts. 3-A a 3-F ao criar a figura do Juiz das Garantias; ao Art. 14 acerca da obrigatoriedade da defesa de servidores policiais; o Art. 28 que tratou do arquivamento do Inquérito Policial; o Art. 28-a dos acordos de não persecução penal; da cadeia de custódia nos Arts. 158-A a 158-F e a prisão preventiva no Art. 282.

Ressalta-se que desde a sua apresentação inicial ao Exmo. Senhor Presidente da República a proposta delimitava para o sistema jurídico um grande avanço para promover a efetividade e a celeridade nas tramitações processuais em todo o país.

Todavia, algumas dessas inovações foram suspensas por liminar do Supremo Tribunal Federal, e assim algumas efetivações ainda não estão legalizadas e acabam impedito a sistematização jurídica.

Por fim, apesar de inúmeras reformas terem ocorrido para trazer novas redações para o Código de Processo Penal, o pacote anticrime ocasionou na sociedade uma reflexão em referência da importância de discutir sobre as mudanças que determinará o futuro de um cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M. (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 31.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, 2008a.

BRASIL. **Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília, 2008b.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.**

BRASIL. EM nº 00014/2019 MJSP. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em 30 de mai. 2021.

BRASIL. Lei Anticrime entra em vigor. Medidas modernizam legislação no combate à corrupção, organização criminosa e violência. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/lei-anticrime-entra-em-vigor>. Acesso: 25 de set. 2020.

CAPRIOLLI, Rodrigo Cirano Silva. Acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acessado em 15 de mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDSHIMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Fórum Editora e Distribuidora de Livros Jurídicos Ltda, 2006.

LEITE, Gisele. Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-78/breves-consideracoes-sobre-a-historia-do-processo-penal-brasileiro-e-habeas-corpus/>. Acesso em 25 de mai. 2021

MATA, Isabella Cristina Almeida da. Evolução Histórica do Direito Processual Penal. **BIC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-9, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. Elementos do processo penal. v. 1. Palmas. 2020.

SANTOS, Ítalo Demarchi dos. A história do processo penal. 2010. Disponível em: <https://phmp.com.br/a-historia-do-processo-penal/>. Acesso em 25 de mai. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira. Desenvolvimento Histórico do Processo Penal no Brasil e no Mundo. 2013. Disponível em: <https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036148/desenvolvimento-historico-do-processo-penal-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em 27 de mai. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva 2010.

A EVOLUÇÃO FILOSÓFICA DO CONCEITO DE LIBERDADE E A GARANTIA DA MANIFESTAÇÃO DE EXPRESSÃO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E CONSTITUCIONAL NO BRASIL

ALESSANDRO DEL COL: Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Católica de São Paulo. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito

RESUMO: A pesquisa tem por objeto analisar a evolução do conceito e compreensão do direito à liberdade nos pensamentos filosóficos da antiguidade até a contemporaneidade e sua relação com o regime de proteção ao direito à liberdade de expressão nos direitos humanos no plano internacional, comunitário e constitucional brasileiro. O direito à liberdade de expressão se desdobra em liberdade de opinião, de manifestação do pensamento, direito à informação e à informação jornalística. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial. Em conclusão os pensamentos filosóficos contribuíram com a construção do direito à liberdade de expressão como decorrência do status de liberdade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade. Filosofia. Direitos humanos. Liberdade de expressão.

ABSTRACT: The research aims to analyze the evolution of the concept and understanding of the right to freedom in philosophical thoughts from antiquity to contemporary times and its relationship with the regime of protection of the right to freedom of expression in human rights at the international, community and constitutional level in Brazil. The right to freedom of expression unfolds in freedom of opinion, expression of thought, right to information and journalistic information. The method used is hypothetical-deductive, through legal, doctrinal, and jurisprudential research. In conclusion, philosophical thoughts contributed to the construction of the right to freedom of expression because of the freedom status of the human person.

KEYWORDS: Freedom. Philosophy. Human rights. Freedom of expression.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de liberdade e sua evolução histórica. 3. A liberdade, suas modalidades e os direitos humanos no plano internacional e comunitário. 4. A proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade é um valor inerente ao ser humano que ao longo dos séculos foram debatidos por filósofos, que correspondiam aos múltiplos significados, destacando-se em cada pensamento uma determinada amplitude ou multifacetado, de acordo com a cultura, momento histórico em que se inseriam e mudanças sociais e políticas que as influenciaram, denotando uma mutação conceitual.

Entretanto, a presente pesquisa científica não se propõe a esgotar toda a discussão filosófica sobre a liberdade e suas acepções, mas a investigação sobre a evolução deste valor em discussões filosóficas demonstrando o seu desenvolvimento histórico e verificar se houve influências dos principais pensadores na conceituação da liberdade na vertente da garantia da manifestação de expressão e proteção como direito fundamental no direito internacional, comunitário e no Brasil. Para tanto, realizaremos uma abordagem da noção de liberdade dos filósofos que se destacaram desde a fase antiga, medieval, moderna e contemporânea, como pensadores expoentes em suas gerações, com enfoque na proposta do presente trabalho.

A hipótese apresentada é no sentido de que os conceitos filosóficos dos pensadores ao longo da história e sua evolução influenciaram significativamente a proteção dos direitos humanos no plano internacional, comunitário e atual proteção conferida pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, notadamente no tocante a garantia da manifestação de expressão.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

2. CONCEITO DE LIBERDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A liberdade é um valor que se manifesta social ou coletivamente, desde quando o homem passou a viver em comunidade. Constitui numa relação entre indivíduos, com a sociedade ou com a organização estatal, incorporando uma manifestação inata do ser humano, inerente ao conceito de personalidade.

As relações sociais, como decorrente dos conceitos e amplitude da liberdade, vão se modificando com o passar dos tempos, sendo indispensável a sua abordagem e investigação nos mais variados momentos históricos para compreensão deste valor social.

A liberdade em breves linhas, pode ser compreendida como o direito da pessoa humana de ser livre, uma capacidade de agir por si mesmo, uma autodeterminação, independência ou autonomia de agir ou de se expressar.

A liberdade natural é aquela que decorre de um ordem cósmica pré-determinada e invariável, que se expressa em duas vertentes, como modo de operar o destino ou como ordem da natureza, na medida em que o homem pode se subtrair destes acontecimentos naturais (MORA: 1978, p. 165).

Em um sentido político, a liberdade civil ou individual é o exercício da cidadania dentro dos limites da lei de um Estado, encontrando limites em seu exercício de acordo com a ordem jurídica. E a liberdade política engloba o direito do homem de participar em determinada sociedade das decisões coletivas na expressão dos direitos individuais de participação das decisões do Estado sobre os demais, como o direito de votar e liberdade de opinião.

Pelo sentido ético, a liberdade consubstancia-se no direito de escolha que o indivíduo possui no seu modo de agir, com voluntariedade, sem qualquer influência externa; nesse aspecto, havendo discussões filosóficas sobre a amplitude deste aspecto da liberdade.

Para construção da ideia de liberdade de expressão, como manifestação do pensamento, enveredaremos sobre os conceitos filosóficos de liberdade desde a fase antiga, medieval, moderna e contemporânea, com base nos ensinamentos de autores reconhecidos nesta área da ciência filosófica para uma compreensão deste valor social.

Na Grécia Antiga o homem possuía duas esferas de relações sociais, no qual a liberdade como valor surge no âmbito destas relações. Na esfera privada, correspondia à família onde havia uma estrutura hierarquizada, em que as decisões coletivas eram exercidas exclusivamente pelo patriarca, não havendo espaço para a liberdade de seus membros. E, na esfera pública, alguns cidadãos gregos detinham uma vida pública (*Bios politikos*), no qual todos os homens eram iguais, surgindo a liberdade através da organização política.

A liberdade não era um atributo do homem, decorreria da Cidade, o homem somente poderia participar da *polis* se fosse um cidadão grego. A liberdade grega era uma manifestação política, existia um conceito de pertencimento à Cidade, em oposição ao *status* de escravo, ao prisioneiro de guerra ou não pertencente à cidade.

Na medida em que se concebia a liberdade como um atributo político, não possuía um livre arbítrio racional. A liberdade estava ligada ao conceito de igualdade, de modo que, somente era livre o cidadão que governa com seus iguais e não se submetia ao governo de outrem, não corporificando um direito subjetivo. O exercício da liberdade grega pressupõe a intersubjetividade nas relações pessoais com os demais cidadãos gregos, a coletividade e a sociedade.

A liberdade na Idade Média, marcada pelo cristianismo se manifesta com o livre arbítrio, como um atributo essencialmente do ser humano, ocorrendo a separação da liberdade do Estado, que possibilitou o exercício da liberdade contra a ingerência estatal. Nesta fase, com forte influência da Igreja na submissão do homem à vontade divina, a liberdade do homem é destinada à contemplação de Deus e querer o que lhe foi reservado.

Santo Tomás de Aquino em seus ensinamentos desenvolve o livre arbítrio à ideia de liberdade racional, o homem atua com discernimento, com capacidade de agir e tomar escolhas com base na razão, e as decisões dependem do ser humano, mas com o auxílio divino (BRITO: 2010, p. 38).

Na fase moderna, no qual se destaca o filósofo Immanuel Kant, o conceito de liberdade não se restringe ao livre arbítrio, devendo ser uma ideia correlata a todo ser humano, uma noção de liberdade transcendental, constituindo em uma propriedade da vontade dos seres vivos, submetidas às leis imutáveis (leis morais), porém, não possuindo caráter ilimitado ou absoluto (JAQUES: 2014, p. 54).

A liberdade kantiana desenvolve dois aspectos da liberdade, o positivo e o negativo. A liberdade positiva consiste em agir em consonância com a lei e o direito, caracterizada pela autonomia, se subdividindo em liberdade interna, ligada ao dever moral; e a liberdade externa, relacionada à obrigação legal baseada num sistema de coação. A liberdade negativa reside em não se submeter a nenhum fator externo, correspondendo ao conceito de independência.

A liberdade, segundo ensinamentos de Kant, é pressuposta para afirmação da razão, destacando a vontade da causalidade dos fenômenos da natureza e a racionalidade constitui em fundamento da liberdade sem nenhuma condição determinante, com total independência.

Em sua obra *Crítica da Razão Pura*, Kant argumenta que a liberdade é movida pela racionalidade para o agir de determinado modo, correspondendo a uma autodeterminação:

A liberdade é, neste sentido, uma ideia transcendental pura que, em primeiro lugar, nada contém extraído da experiência e cujo objeto, em segundo lugar, não pode ser dado de maneira determinada em nenhuma experiência, porque é uma lei geral, até da própria possibilidade de toda a experiência, que tudo o que acontece deva ter uma causa e, por conseguinte, também a causalidade da causa, causalidade que, ela própria, aconteceu ou surgiu, deverá ter, por sua vez, uma causa; assim, todo o campo da experiência, por mais longe que se estenda, converte-se inteiramente num conjunto de simples natureza. Como, porém,

desse modo, não se pode obter a totalidade absoluta das condições na relação causal, a razão cria a ideia de uma espontaneidade que poderia começar a agir por si mesma, sem que uma outra causa tivesse devido precedê-la para a determinar a agir segundo a lei do encadeamento causal (KANT: 2001, p. 475).

Destaca-se, ainda nesta fase moderna, John Stuart Mill, nascido na Inglaterra em 1806, que desenvolveu conceito da liberdade na sua obra *Sobre a liberdade*, com enfoque na defesa da liberdade individual das pessoas e dos limites da atuação do Estado, destinando um capítulo especial, *Sobre a liberdade de pensamento e discussão*, tornando-se uma referência naquela época, influenciando estudos filosóficos e de proteção aos direitos humanos.

A liberdade civil ou social corresponde a natureza e aos limites do poder do Estado impostos pela comunidade e significava, de um modo geral, a proteção contra a tirania dos governantes políticos. Destacando-se duas maneiras de limitações, a primeira com o reconhecimento de certas imunidades, que encerrava uma quebra de dever por parte do governante e justificava uma resistência ou uma rebelião; a segunda, com o estabelecimento de salvaguardas constitucionais com o consentimento da comunidade como condição necessária de validade dos atos do governante (MILL: 2011, p. 20).

As esferas de proteções da liberdade humana englobavam diversos aspectos, incluindo o domínio interior da consciência, o livre pensamento, a liberdade de expressar a opinião, sendo estas inseparáveis do indivíduo; alcançando a liberdade de moldar o plano de vida e adequar ao caráter individual de cada um; e seguindo-se, a liberdade respeitando determinados limites, a de formação de grupos ou união para qualquer fim que não cause danos aos outros.

Stuart Mill destaca sobre a importância que a liberdade de expressar opiniões e seu diálogo tem na sociedade:

Reconhecemos que a liberdade de opinião e a liberdade de expressar opiniões são necessárias para o bem estar mental da humanidade (do qual todo o seu restante bem-estar depende) com base em quatro fundamentos distintos.

Em primeiro lugar, ainda que uma opinião seja votada ao silêncio, essa opinião pode, tanto quanto sabemos, ser verdadeira. Negar isso é pressupor a nossa própria infalibilidade.

Em segundo lugar, embora a opinião silenciada esteja errada, pode conter uma porção de verdade, o que frequentemente acontece; e dado que a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca constitui a verdade

por inteiro, é apenas através do conflito de opiniões opostas que o resto da verdade tem alguma hipótese de vir ao de cima (MILL: 2011, p. 55).

Na fase contemporânea, inaugurada após o século XIX, o filósofo francês, Jean Paul Sartre, caracteriza a liberdade com condição da existência humana. É uma característica indissolúvel do homem com conotação existencialista. Metaforicamente, compara o ser livre à uma condenação, pois "*estamos condenados a ser livres*".

Em seus ensinamentos não existe uma liberdade interna e uma liberdade externa, apenas admite a existência de uma liberdade única. O homem com base nas suas escolhas quotidianas de ações que irá praticar, demonstra que a liberdade não é uma conquista, mas uma condição da existência humana.

O homem para Sartre é inteiramente livre, não possui o livre arbítrio de decidir sobre a sua liberdade, é uma condição intransponível, no qual não pode se desvencilhar, é condenado a ser livre. Em sua obra *O Ser o nada*, o filósofo francês destaca sobre a essência desta liberdade:

Com efeito, somente pelo fato de ter consciência dos motivos que solicitam minha ação, tais motivos já constituem objetos transcendentais para minha consciência, já estão lá fora; em vão buscaria recobrá-los: deles escapo por minha própria existência. Estou condenado a existir para sempre para-além de minha essência, para-além dos móveis e motivos de meu ato: estou condenado a ser livre. Significa que não se poderia encontrar outros limites à minha liberdade além da própria liberdade, ou, se preferirmos, que não somos livres para deixar de ser livres. Na medida em que o Para-si quer esconder de si seu próprio nada e incorporar o Em-si como seu verdadeiro modo de ser, também tenta esconder de si sua liberdade. O sentido profundo do determinismo é estabelecer em nós uma continuidade sem falha de existência "Em-si" (SARTE: 2007, p. 542).

A liberdade do homem é o alicerce absoluto, não possui a faculdade de optar por não ser livre, porque haveria a renúncia de si mesmo, e a moral manifesta-se através do seu agir concreto (SILVA: 2019, p. 156).

Nesta abordagem filosófica nós sempre nos tornaremos aquilo que decidimos ser e nunca importará o que fizeram de nós. A escolha pela liberdade é sempre uma manifestação existencialista, sempre acompanhada da responsabilidade pelas escolhas realizadas, com suas consequências.

A liberdade *sartean*a não se limita a dizer ser livre, mas sobretudo fazer a acontecer ser livre. "Portanto, a liberdade não diz respeito ao plano moral, da escolha entre o 'bem e o mal', mas sim ao plano ontológico, da escolha de ser. A liberdade é constitutiva do ser homem" (SCHNEIDER apud SILVA: 2019, p. 156).

Jürgen Habermas define a liberdade como uma propriedade de sujeitos dotados de capacidade e consciência de conhecer e agir seguindo uma lógica pessoal, numa realidade do *Eu* empírico, comprometidos pela linguagem, resultando num processo dialógico entre sujeitos, assim, a liberdade é vinculada a capacidade argumentar (FELDHAUS: 2011, p. 5).

A liberdade deve ser entendida como a possibilidade do uso da linguagem direcionada ao entendimento na perspectiva do participante, sendo compreendida como a possibilidade real de todos os integrantes da comunicação terem efetiva participação na apresentação de argumentos, sem qualquer vinculação. A ponderação dos argumentos é a *conditio sine qua non* da liberdade.

Na liberdade comunicativa, que se relaciona com a possibilidade de uma pessoa de se posicionar discursivamente quanto a pretensões de validade, tem por pressuposto o jogo de linguagem à autoria responsável. Assim, a liberdade da vontade é atributo dos indivíduos que compreendem como autores de ações, inseridas num ambiente composto de pretensões de validades resgatáveis pelos argumentos.

A ligação entre o conceito de autoria responsável e a liberdade comunicativa, resultam nas ações do indivíduo que agem com consciência da liberdade, tomando a iniciativa, para dar início a algo novo, com a postura de auto atribuição, e com a perspectiva reflexiva em processos de determinação (SIEBENEICHLER: 2011: p. 49).

Habermas descreve sobre o pressuposto da ação livre dos indivíduos na comunicação performativa:

Em cada argumentação efetivamente levado a cabo, os próprios participantes não podem deixar de empreender uma projeção dessa natureza (discurso universal). É necessário que em todas as argumentações eles partam pragmaticamente do pressuposto de que todos os indivíduos em questão podem participar em princípio, enquanto seres livres e iguais, numa procura cooperativa da verdade, na qual apenas pode interessar o imperativo do melhor argumento. O princípio da ética do discurso assenta neste facto pragmático-universal: apenas as regras morais que podem obter a anuência de todos os indivíduos em causa, na qualidade de participantes num discurso prático, podem reclamar validade (HABERMAS: 1991, p. 151).

Na liberdade *habermansiana* os requisitos ideais de uma relação dialógica entre os indivíduos pressupõem a racionalidade tentando persuadi-los, através dos melhores argumentos com fundamento na liberdade de manifestação com igualdade de participação, autenticidade dos participantes, sem qualquer coação nas tomadas de decisões, numa *situação linguística ideal* (HABERMAS: 1991, p. 157)

3. A LIBERDADE, SUAS MODALIDADES E OS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO

Efetuada uma abordagem sobre as evoluções conceituais e filosóficas sobre liberdade em seus aspectos que passam de uma liberdade na atividade política, ao exercício do livre arbítrio, a manifestação plena da liberdade, indissociável que compõe a personalidade humana, à liberdade comunicativa e de expressão de opinião, importante, enveredar sobre a proteção da liberdade nos direitos humanos, constituindo um direito fundamental e de proteção internacional.

A proteção dos direitos humanos surge de um contexto cercados por conflitos, guerras, movimentos totalitários deflagrados no início do século XIX, no qual milhares de pessoas sofreram as maiores violações ao direito fundamental à vida e a dignidade da pessoa humana⁵⁰, se pretendendo no plano internacional evitar novas tragédias como as decorrentes da Segunda Guerra Mundial, com formação de uma Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, inicialmente integrada por 50 (cinquenta) países.

Assim, os direitos fundamentais do homem podem ser considerados como as prerrogativas ou privilégios e instituições que possuem a finalidade de respeito à dignidade da pessoa humana, mediante proteção contra o arbítrio do poder estatal, com estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da pessoa, como garantia inata ao ser humano, por ser patrimônio integrante de sua individualidade e personalidade.

A lado do direito à vida, a liberdade sempre foi um bem jurídico que a sociedade sempre buscou proteger contra os arbítrios do Estado, e sem sombras de dúvidas, se

50 "A Declaração Universal de 1948, bem como os instrumentos subsequentemente adotados, no contexto da ONU, inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade horrores cometidos pelo nazifascismo, mas sobretudo se dá mudança no enfoque, quanto a ser o estabelecimento de sistema de proteção dos direitos fundamentais intrinsecamente internacional (ACCIOLY, Hildebrando et al. Manual de direito internacional público. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 714).

incluiu de dentro da órbita dos direitos humanos, sendo elementos integrante de seu conceito.

Segundo Antônio Henrique Perez Luño:

[...] considerando-os um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, **da liberdade** e da igualdade humanas, **as quais devem ser reconhecidas em nível nacional e internacional**” (1979, apud MORAES, 2005, p. 22) (grifo nosso)

Os direitos humanos são caracterizados como direitos fundamentais e universais, que concretizam as necessidades da sociedade e do próprio homem, num contexto de permanente transformação e evolução que emergem da vida social, da vida comunitária, da atividade econômica, e do desenvolvimento contínuo na pessoa humana, se colocando no centro da órbita em que gravitam todos os demais direitos e obrigações das sociedades modernas.

Para melhor compreensão dos direitos humanos como fundamentos de um Estado Democrático de Direito, com o suporte da hermenêutica, possuem as seguintes características: i) imprescritibilidade: não perdem com o decurso do prazo; ii) inalienabilidade: não podem ser transferidos onerosa ou gratuitamente; iii) irrenunciabilidade: não podem ser objeto de renúncia⁵¹; iv) inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações legais ou atos de autoridades públicas; v) universalidade: aplicam-se a todos os indivíduos como pessoa humana independente de sua nacionalidade, sexo, raça ou credo; vi) efetividade: existências de mecanismos que garantam a sua concretização; vii) interdependência: existência de ligação com vários direitos ou instrumentos que asseguram a eficácia; viii) complementariedade: devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática com demais preceitos constitucionais e legais (MORAES: 2005, p. 23).

A primeira geração dos Direitos Humanos está ligada aos direitos civis e políticos, dentre eles, possuindo papel de protagonismo o direito à liberdade, à vida, à igualdade, à integridade física, de reunião pacífica, dentre outras.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 elevou a proteção da dignidade de todas as pessoas, o direito à igualdade possuindo como

51 Existe discussão doutrinária sobre a renúncia ao direito à vida na eutanásia, no aborto e no suicídio.

fundamento a liberdade, justiça e paz, consagrou o pleno direito à liberdade em seu aspecto essencial de agir, de ir e vir⁵², de permanecer, de se expressar.

Artigo 1

Todas **as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras** com espírito de fraternidade. (grifo nosso)

Artigo 3º

Toda **pessoa tem direito** à vida, à **liberdade** e à segurança pessoal. (grifo nosso)

Artigo 4º

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. (grifo nosso)

[...]

Artigo 19

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, **sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras**. (grifo nosso)

Destaca-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos que a liberdade de expressão é um direito consagrado mundialmente como essencial a realização e a concretização dos direitos humanos fundamentais, sendo esta declaração considerada o

52 [...] ao Direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar). É nesse sentido que se costuma falar em liberdades no plural, que, na verdade, não passa de várias expressões externas da liberdade. Liberdades no plural, são formas da liberdade, que, aqui, em função do Direito Constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos: (1) liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas suas liberdades (opinião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004).

primeiro documento de caráter internacional a reconhecer a liberdade de expressão como valor a ser protegido internacionalmente (JAQUES: 2014, p. 27).

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui força normativa para aplicabilidade aos ordenamentos jurídicos de cada país membro da Organização das Nações Unidas - ONU e aos que ratifiquem em tempo futuro. Não têm a natureza de tratado ou acordo, segundo as observações de Hildebrando Accioly:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assinada solenemente em Paris em 10 de dezembro de 1948. Não obstante a ênfase dada ao reconhecimento dos direitos humanos, a senhora ROOSEVELT reiterou a posição de seu país, no sentido de que a Declaração não era tratado ou acordo que criava obrigações legais. Aliás, a afirmativa era desnecessária. Conforme foi visto, não obstante a importância que algumas resoluções tenham tido, é unânime o reconhecimento e a afirmação quanto a não se revestirem de obrigatoriedade de implementação (ACCIOLY : 2012, p. 714).

A liberdade como valor fundamental encontrou proteção no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela 9ª (nona) Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, estabelecendo logo em seu primeiro dispositivo que "*todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa*".

Por oportuno, os Estados Americanos, através Convenção Americana de Direitos Humanos aprovado pelo Pacto de San José da Costa Rica em 1969 reafirmou o propósito de consolidar as instituições democráticas fundadas no respeito dos direitos humanos com viés de proteção internacional, com destaque à liberdade pessoal em seus vários aspectos como a liberdade física, liberdade de consciência e religião, liberdade de reunião e associação e liberdade de pensamento e expressão.

No que pertinente ao tema deste texto, a liberdade de pensamento e expressão, valorizada como aspecto fundamental dos direitos humanos, destacados por John Stuart Mill, o Pacto de San José da Costa Rica, assim proclama:

Artigo 13 - **Liberdade de pensamento e de expressão**

1. Toda pessoa tem o **direito à liberdade de pensamento e de expressão**. Esse direito inclui a **liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza**, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso **precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. **Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos**, tais como o **abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa**, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (grifo nosso)

A proteção sedimentada em norma supra positiva, relativa a direitos humanos⁵³, no tocante a liberdade de pensamento e expressão envolvem vários aspectos como a de procurar, receber e realizar de forma legítima a proliferação de ideias numa liberdade comunicativa dotada de responsabilidade como advertido por Habermas, por qualquer meio. E, em outro aspecto, proibir a censura prévia como forma de criar obstáculos ao exercício deste direito fundamental, resguardando-se, contudo, o respeito dos direitos individuais das pessoas em sua dignidade e à segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Em seu aspecto instrumental, visa impedir que por meio indireto ou com abusos de controles oficiais atinjam os meios de comunicação em todas as suas modalidades e

53 "TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos[...] (HC 91361, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120).

formas, de modo a obstar a circulação de ideias e opiniões, no qual a imprensa assume papel de destaque e relevância nas democracias.

E, ainda, estas garantias de liberdade de expressão não são aceitas quanto a propaganda a favor de guerra, à apologia do discurso do ódio, como vetor de discriminação nacional, racial ou religioso, à hostilidade, ao crime e à violência; valores estes que não merecem proteção dos direitos humanos por violarem profundamente aspectos da dignidade da pessoa humana e que o indivíduo, instituições ou organizações estatais devem se abster de cometer contra terceiros.

A liberdade de expressão possui um valor fundamental nos regimes democráticos e dentro deste relevo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, destacando do Pacto de San José da Costa Rica, promulgou a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, celebrado entres os seus membros de 16 à 27 de outubro de 2000, reafirmando os seguintes valores e preceitos:

1. **A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.** (grifo nosso)
2. **Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente**, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação** por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (grifo nosso)
3. **Toda pessoa tem o direito de acesso à informação sobre si própria ou sobre seus bens**, de forma expedita e não onerosa, esteja a informação contida em bancos de dados, registros públicos ou privados e, se for necessário, de atualizá-la, retificá-la e/ou emendá-la. (grifo nosso)
4. **O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo.** Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas. (grifo nosso)

5. **A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei.** As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, **violam o direito à liberdade de expressão.** (grifo nosso)
6. **Toda pessoa tem o direito de externar suas opiniões por qualquer meio e forma. A associação obrigatória ou a exigência de títulos para o exercício da atividade jornalística constituem uma restrição ilegítima à liberdade de expressão.** A atividade jornalística deve reger-se por condutas éticas, as quais, em nenhum caso, podem ser impostas pelos Estados. (grifo nosso)

A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, decorrendo do sistema comunitário de proteção internacional de direitos humanos, reafirma a importância da liberdade de expressão como direito fundamental, consolidando como um dos pilares de uma sociedade democrática e justa, reconhecendo a sua inalienabilidade, o exercício de sua manifestação em todas as suas formas com a falada, a escrita, a divulgada por gestos e nos ambientes digitais, alcançando todas quaisquer informações, sem discriminação, e às pessoais e de seus bens, combatendo toda e qualquer censura prévia, estes, instrumentos de regimes antidemocráticos e totalitaristas.

4. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A inauguração de um novo regime constitucional democrático, revelado através de uma transição constitucional, surgiu a Constituição Federal de 1988, denominada como a Constituição Cidadã, consagrando o Estado Democrático de Direito e adotando como valores fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Contemplou os direitos de primeira geração ou dimensão, e instituiu vários direitos e garantias fundamentais que foram alçados às cláusulas pétreas pelo art. 60, § 4º, da CF/88, estando protegidas do poder constituinte reformador, na medida em que impede a deliberação de proposta tendente a abolir do corpo da lei fundamental, no qual o direito à liberdade de expressão encontra-se resguardado e protegido.

A liberdade de expressão possui múltiplas acepções, do qual abordaremos neste artigo científico suas principais facetas: (i) a liberdade de opinião, (ii) a liberdade de manifestação do pensamento, (iii) direito à informação e o direito de ser informado, e (iv) liberdade de informação jornalística.

A liberdade de opinião é aquela que o indivíduo tem livre arbítrio ou poder de agir em sua atitude intelectual como uma faculdade ou escolha, decorrente de um pensamento íntimo, na tomada de posição pública, de livre pensar e dizer a compreensão de determinado assunto ou coisa (SILVA: 2004, p. 240).

Alexandre de Moraes adverte que:

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional (BRASIL: 2018, p. 2).

A liberdade de opinião é prevista na Constituição Federal na liberdade de consciência (inciso VI do art. 5º) e a proteção à crença religiosa ou convicção filosófica ou política (inciso VIII do art. 5º). São normas constitucionais de eficácia contida, na medida em que o legislador pode restringir o seu exercício.

Esta liberdade deriva do direito de escusa ou imperativo de consciência em que o indivíduo tem resguardado a sua prerrogativa contra determinações legais ou atos de autoridades públicas que atinjam a sua consciência, a sua opinião e o seu juízo em aspectos filosóficos, religiosos ou políticos.

Não obstante esta garantia constitucional, a liberdade de convicção filosófica e política ao longo dos tempos sempre sofrem em períodos de crise, mas em hipótese alguma a Constituição Federal permite a sua restrição ou abolição à outra corrente de pensamento (SILVA: 2004, p. 242), caracterizaria um retrocesso nos direitos humanos fundamentais.

Decorre da essência do homem e seu modo de pensar, de agir livre, que não contenha exclusivamente em manter as opiniões e convicções pessoais, mas sente a necessidade de exteriorizá-las, as vezes com propósito de convencer outras pessoas numa liberdade comunicativa, direito este que necessita de proteção jurídica (NOVELINO: 2012, p. 514).

A liberdade de manifestação do pensamento constitui a forma de exteriorização do pensamento e da opinião do indivíduo, decorrente de expressa previsão constitucional na medida em que preconiza o inciso IV do artigo 5º: "*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*" e do artigo 220: "*a manifestação do pensamento, a criação, a*

expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição"

Dirley da Cunha Júnior sustenta que sobre a liberdade de expressão:

É o direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. A Constituição consagra a liberdade de manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV) e toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º) (JÚNIOR: 2015, p. 557).

O Ministro Celso de Melo no julgamento da ADPF nº 187, entendeu que o ato de concentração de um grupo de pessoas em eventos públicos chamados de "*marcha da maconha*" com o intuito de externar a opinião sobre a descriminalização do uso da droga, não se confundia com a incitação de prática de apologia ao crime, com sanções previstas no artigo 287 do Código Penal, mas pleno exercício do direito constitucional de reunião e de livre expressão do pensamento, consagrando os direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁴, desde que dentro de um contexto que não seja dirigida a incitação ou provocar ações infracionais.

A exteriorização do pensamento pode ser realizada perante interlocutores (i) presentes na forma de diálogo, de conversação, de exposição de ideias, de discursos, (ii) ausentes por meio de correspondência, mensagem de texto, de voz ou telefonema às pessoas determinadas ou sob a forma de livros, jornais, revistas, televisão, rádio ou postagens às pessoas indeterminadas. Em todas estas vertentes, o Estado possui a obrigação de proteger esta modalidade de liberdade fundamental.

A liberdade de manifestação do pensamento pode ser analisada sobre o aspecto negativo, no qual é reservado ao indivíduo o direito de mantê-lo em segredo, que não se

54 "[...] Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 187/DF. Plenário. Arguente: Procurador-Geral da República. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em 16 out 2020).

confunde do o direito de não manifestar, mas recolher o pensamento a esfera íntima do indivíduo (SILVA: 2004, p. 243).

Nenhum direito fundamental possui natureza absoluta, pode estar sujeito à outras restrições constitucionais, denominando-se de intervenções restritivas. A cláusula restritiva também atinge a liberdade de manifestação do pensamento quando tenha potencialidade de alcançar terceiros.

A parte final do inciso IV do artigo 5º da CF/88 veda o anonimato que possui a finalidade de proibir ou desestimular condutas provocadas pelo indivíduo que se coloca a margem da percepção do interlocutor ou potencial atingido, não sendo identificado, criando obstáculos a eventual insurgência contra o ato lesivo e sua adequada responsabilização.

O Pacto de San José da Costa Rica prevê de forma clara, que o direito à liberdade de manifestação do pensamento é subordinado à responsabilidade pessoal em atenção ao "*respeito dos direitos e da reputação das demais pessoa*" e a "*a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas*" (alíneas "a" e "b" do item 2 do artigo 13).

A Constituição Federal num sistema de complementariedade prevê a utilização de um mecanismo constitucional contra as manifestações abusivas decorrentes do exercício deste direito à liberdade de manifestação do pensamento, através do direito de resposta⁵⁵, proporcional ao agravo (inciso V do art. 5º), além de indenização por danos de qualquer ordem, como material, moral e coletivo.

No texto constitucional, existem restrições constitucionais indiretas que incidem sobre a liberdade de manifestação do pensamento, criando limites materiais ao seu exercício, conflitando com outros valores eleitos pela constituinte, como o atentado aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI, art. 5º) e a prática de racismo (inciso XLII, art. 5º), denominado doutrinariamente como reserva legal qualificada (NOVELINO: 2012, p. 515).

55 "[...] a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Plenário. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 16 out 2020).

A pessoa humana não possui apenas o direito à opinião e a manifestação do pensamento, que se relaciona com a comunicação, mas igualmente tutelado no plano internacional de proteção dos direitos humanos e da ordem constitucional interna, o direito à informação e de ser informado.

O direito à informação está intimamente ligado com a liberdade de expressão, não se consubstanciando em um direito pessoal ou profissional, mas sobretudo, um direito coletivo (SILVA: 2004, p. 244), oponível contra o Estado como proteção de direito fundamental. Este direito, deve ser compreendido como um ambiente propício a construções de opiniões e ideias para que seja possível adotar as melhores escolhas para o exercício pleno da cidadania, fazendo uso constante da autonomia da vontade e do livre arbítrio.

As democracias das civilizações modernas conclamam que as sociedades e seus membros tenham acesso à informação, permitindo a participação política e social de todos os cidadãos sem preconceitos, inclusive através de críticas ao governo, de suas políticas públicas e de gestão (JAQUES: 2014, p. 68).

A Constituição Federal consagra o direito de acesso à informação, de forma direta, em dois dispositivos alocados nos Direitos e Garantias Fundamentais, nos quais asseguram a aquisição de informação quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV do art. 5º) e receber informações pessoais, coletivas ou gerais⁵⁶ dos órgãos públicos, resguardando aquelas informações imprescindíveis à segurança pública e coletiva (inciso XXXIII do art. 5º).

Especialmente, esta segunda vertente do direito de ser informado pelo Estado, surgiu para fazer contraposição em uma época que imperava no Estado brasileiro a censura e sigilo de informações sob a roupagem de conceito indeterminado da segurança nacional, em tempo de regime militar, que podemos concluir, que o exercício da liberdade não possuía plenitude. Deve haver proteção contra a dominação das informações pelo Estado⁵⁷.

⁵⁶ "O direito jus fundamental de receber informações de direito coletivo ou geral é, enquanto decorrência do sistema democrático e do modelo republicano, um instrumento indispensável na fiscalização e responsabilização do governo (NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 531).

⁵⁷ "à limitação do poder do governo sobre os indivíduos não perde qualquer da sua importância quando os detentores do poder respondem regularmente perante a comunidade, ou seja, perante o partido mais forte da comunidade. Este modo de ver as coisas não tem encontrado dificuldade em afirmar-se, sendo apelativo tanto para a inteligência dos pensadores como para a inclinação daquelas classes importantes na sociedade europeia a cujos interesses reais ou supostos a democracia é adversa; e nas reflexões políticas a "tirania da

A nossa ordem constitucional impôs intervenções restritivas ao acesso à informação, resguardando expressamente o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional como nos casos de informações recebidas em razão de ofício por médicos e advogados, por exemplo, não podendo repassar os dados e informações, nem mesmo se exigidos pelo Estado, constituindo em cláusula de sigilo constitucional. E ainda, ser vedado, em prol da segurança da sociedade e do Estado, a transmissão de informações que possam causar um risco social grave e latente.

Comumente denominada como liberdade de imprensa, o direito à liberdade informação jornalística corresponde ao direito fundamental de transmitir a informação, tratando de um importante pressuposto de uma sociedade democrática, que é exercido profissionalmente através dos meios de comunicação previstos na Constituição Federal.

A liberdade de informação jornalística é assegurada no artigo 220 da Constituição Federal e possui relação de primazia ou proeminência, configurando um bloco normativo e um patrimônio imaterial de uma nação, sem prejuízo de aplicação de outro direitos e garantias fundamentais que se espriam no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 130/DF, declarou que o Capítulo V de que trata da comunicação social é "*segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica e intelectual e comunicacional*". A imprensa incumbe a tarefa de alternativa à explicação ou versão do Estado a todos os assuntos que podem repercutir na sociedade, protegendo um espaço dialógico e crítico pensamento em qualquer situação ou contingência. E, que a ressalva constitucional da censura prévia é um direito que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL: 2009, p. 3).

Entretanto, Alexandre de Moraes adverte:

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige de um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta (MORAES: 2005, p. 122).

O direito de opinião (no contexto de formação), de manifestação do pensamento (no exercício), de acesso à informação (afastamento de sigilo) somente encontrará a

maioria" é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa de se precaver (MIL, John Stuart. Sobre a liberdade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 22).

plenitude, se houver na sociedade ampla, irrestrita e responsável informação jornalística desempenhada pela imprensa. É necessário que o ordenamento constitucional ofereça instrumentos de proteção e desenvolvimento adequado.

A liberdade de imprensa é um valor assegurado no plano internacional conforme abordado neste texto, sendo importante instrumento de fortalecimento da cultura, atuando como agente fiscalizador do Estado com vista a transmissão de informações, conhecimentos e de garantia da concretização dos direitos fundamentais, de caráter imprescindível ao Estado Democrático de Direito (JAQUES: 2014, p. 71).

Uma sociedade justa, livre e democrática somente é construída quando existe uma imprensa livre, ética, transparente e consciente de seu papel de formação de opinião e esclarecedora de todos os valores expressos em seu ordenamento constitucional.

5. CONCLUSÃO

O direito à liberdade de expressão é um valor social que integra a personalidade da pessoa humana, decorrendo em uma de suas vertentes da liberdade, no aspecto do livre arbítrio de pensar, refletir, receber as informações, de se posicionar e manifestar livremente, mas com a assunção de responsabilidade.

Podemos sintetizar o direito à liberdade de expressão em quatro vertentes que se interligam inexoravelmente, o direito de opinião, o direito de manifestar o pensamento, o direito à informação e de ser informado, e o direito à liberdade de informação jornalística.

A liberdade de expressão se desenvolveu no plano internacional como integrante dos direitos humanos fundamentais, sofrendo nas mais diversas fases, influências de estudos filosóficos, desde a antiguidade nos ensinamentos da Grécia Antiga de Aristóteles na relação de poder, passando por construções liberais da autonomia de Kant e estudos dialógicos de comunicação de Habermas.

O filósofo inglês, John Stuart Mill, é considerado um dos pensadores mais influentes no século XVIII que abordou sobre a liberdade em sua perspectiva da manifestação do pensamento, defendendo que as sociedades devem garantir uma democracia ampla e participativa que se relaciona com o direito à liberdade de expressão e do direito à informação, como instrumentos de fortalecimento da democracia.

A liberdade em Mill se sustenta em três pilares: o domínio da consciência, a liberdade de pensamento e a liberdade de opinião (JAQUES: 2014, p.56).

Mill destaca em sua obra, *Sobre a liberdade* que "*passou o tempo em que seria necessária qualquer defesa da "liberdade de imprensa" como uma das salvaguardas contra*

um governo corrupto ou tirânico" (MILL: 2011, p. 30), concluindo que desde aquela demandava o papel de destaque da imprensa como instrumento de formação de opiniões dos indivíduos e permitir a participação dos cidadãos nos atos sociais e políticos, fortalecendo a democracia e o Estado Democrático de Direito.

Em conclusão os pensamentos filosóficos contribuíram com a construção do direito à liberdade de expressão como decorrência do status de liberdade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. et al. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Plenário. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 16 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.439/DF. Plenário. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Presidência da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em 16 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Plenário. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 16 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.451/DF. Plenário. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em 16 out 2020.

BRITO, Laura Souza Lima e. *Liberdade e direitos humanos: um estudo sobre a fundamentação jusfilosófica e sua universalidade*. 2010. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FELDHAUS, Charles. *Liberdade em Habermas e Kant*. Revista Usininos. São Leopoldo/RS, v. 1, n. 2, mai-ago 2011. ISSN 1808-5253. Disponível em <http://revistas.unisininos.br/index.php/controversia/article/viewFile/5222/2482>. Acesso em 10 out 2020.

HABERMAS, Jurgen. *Comentários à ética do discurso*. 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

JAQUES, Marcelo Dias. *O direito à informação e à liberdade de expressão na sociedade digital: novos desafios ao direito brasileiro*. 2014. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los derechos humanos: signification, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 1. edição. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. edição. São Paulo: Editora Método, 2012.

SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada – Ensaio de ontologia fenomenológica*. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

SIEBENEICHLER Fabio Beno. *Considerações sobre o conceito de liberdade comunicativa na filosofia habermasiana*. Revista do Instituto Brasileiro da Informação e Ciência e Tecnologia, v. 1, n. 1, p. 43-58. DOI: <https://doi.org/10.21728/logeion.2014v1n1.p43-58>. Disponível em <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/1491/1669>. Acesso em 10 out 2020.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Marcio Luiz. *O conceito de liberdade em Aristóteles, Hegel e Sartre: implicações sobre ética, política e ontologia*. Revista de Filosofia Aufklärung. João Pessoa/PB, v. 6, n. 2, p. 141-160 mai-ago, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18012/arf.2016.44640>. Disponível em <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/44640/27930>. Acesso em 10 out 2020.

O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NO SISTEMA PROBATÓRIO COMO PRINCIPAL PROVA NAS CONDENAÇÕES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

LUIZA KAROLINE RODRIGUES DE OLIVEIRA MIRANDA:
Bacharelada do curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo-
FASEC.

EDY CÉSAR DOS PASTOS JÚNIOR⁵⁸

(orientador)

RESUMO: O elencado artigo enfatizou a possibilidade de a palavra da vítima servir como embasamento principal a uma condenação. Para tanto, foi-se abordado questões quanto à prova, princípios e o sistema probatório no processo penal vigente brasileiro. O problema pelo qual buscou-se respostas, constituiu em comprovar, se nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, a palavra da vítima serve como prova principal no embasamento das condenações? No que se refere ao objetivo geral, preocupou-se em fazer uma alusão do contexto geral do sistema probatório brasileiro, analisando os principais elementos da fase inquisitória. Dessa forma, a metodologia adotada, foi a forma teórica e qualitativa, tendo em vista que o crime citado é de natureza delicada, compreendendo-se as informações de forma ampla. Ao concluir, considerou-se possível a valoração do depoimento da vítima consoante a outros elementos colhidos no devido processo legal, para embasar uma condenação. Levando em consideração ainda, que os crimes mencionados em especial, tendem a ver a palavra da vítima de forma especial, uma vez que se tratam de delitos silenciosos.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro; Processo Penal, Sistema Probatório ,Vítima.

ABSTRACT: The article highlighted the possibility that the victim's word could serve as the main basis for a conviction. For this purpose, issues were addressed regarding evidence, principles and the evidentiary system in the current Brazilian criminal procedure. The problem for which answers were sought, consisted in proving, if in crimes of rape and rape of the vulnerable, the victim's word serves as the main evidence on the basis of the convictions? With regard to the general objective, it was concerned with making an allusion to the general context of the Brazilian evidentiary system, analyzing the main elements of the inquiry phase. In this way, the adopted methodology was the theoretical and qualitative form, considering that the cited crime is of a delicate nature, understanding the information in a broad way. In conclusion, it was considered possible to evaluate the victim's testimony

⁵⁸ Edy César dos Passos Júnior. Professor universitário da Faculdade Serra do Carmo- FASEC, Mestre e Advogado

according to other elements gathered in the due legal process, to support a conviction. Taking into account also that the crimes mentioned in particular tend to see the victim's word in a special way, since they are silent crimes.

KEYWORDS: Rape; Criminal Procedure, Probation System, Victim.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da prova; 2-. Princípios Probatórios; 2.1. Valoração da Prova e a Busca pela Verdade; 3. Crimes de Abuso Sexual: Estupro e Estupro de Vulnerável; 3.1 A Violência Sexual na Pandemia; 3.2 A Valoração da Palavra da Vítima nos Casos de Abuso Sexual; 4. Sustentação da Condenação Baseado na Palavra da Vítima como Prova Principal do Delito; 5. Conclusão; 6 Referências.

INTRODUÇÃO

São corriqueiros os noticiários brasileiros sobre abusos sexuais. O mencionado crime é uma das condutas mais repudiadas socialmente. Tais abusos em sua grande maioria ocorrem no seio familiar ou simplesmente são motivados por extinto do agressor, logo, tem-se atrelado que, a maioria dos abusadores fazem parte do cotidiano da vítima. O crime em si, pode acontecer de um ato libidinoso até a conjunção carnal. Levando em tese, que uma grande parcela dos agressores tem relação com a vítima, o mesmo utiliza-se de várias ferramentas e formas para atingir seu objetivo da maneira mais maquiada e silenciosa possível. Essas mencionadas ferramentas vão da pressão psicológica até a força física para obrigar a vítima na realização do ato. Quando menor, as opções são vastas, podendo acontecer de forma clandestina e sutil, como por exemplo o oferecimento de "presentes e recompensas". Dessa maneira, se torna mais conturbado defender-se do agressor. Ademais, quando não denunciado de imediato, as provas do crime se resumem somente na palavra (relato) da vítima, na qual, a depender do estado emocional e físico que se encontra, pode desenvolver sérios problemas psicológicos, destruindo toda chance de um futuro saudável.

Tem-se como objetivo geral deste trabalho, a análise do sistema probatório e o sentido da prova existentes na legislação penal, voltado principalmente, em valorar a palavra da vítima nos casos de abuso sexual, crimes de estupro e estupro de vulnerável. Consoante a dado contexto, se seria possível, aplicar a palavra da vítima como principal prova do crime na sustentação de uma sentença condenatória. O tema gira em torno da problemática a ser questionada: "o relato da vítima em si, como a principal prova no processo, tem força suficiente para sustentar uma sentença condenatória nos crimes de abuso sexual?"; tem-se como pressuposto para tal estudo, o entendimento de que nos crimes de abuso sexual, uma das primeiras provas a serem colhidas, é o relato da vítima, de forma extremamente amparada, levando em consideração a gravidade do estrago emocional que é trazido a quem é vítima. Ademais, se faz necessário ser minucioso tanto nas fases de investigação como no processamento judicial, dando total atenção a mesma,,

tendo vista que, como citado a cima, esse tipo de conduta ocorre de maneira “silenciosa”, o que obstaculiza a identificação da materialização e autoria nesses crimes.

Para execução de tal pesquisa será utilizado a forma teórica e qualitativa, tendo em vista que o crime citado é de natureza delicada, compreendendo-se as informações de forma ampla, privilegiando contextos, e diferenciando-se do método quantitativo, embora o mesmo seja usado só para termos percentuais de abusos sofridos. A pesquisa qualitativa se dedicará em estudar como o sistema probatório brasileiro funciona, corroborando com o poder da palavra da vítima como principal prova nos crimes de abuso sexual, e se a mesma tem força suficiente para embasar uma condenação. Será utilizado o método dedutivo na referida pesquisa, procurando alcançar a finalidade do estudo que será desenvolvido através de procedimentos técnicos baseados em doutrinas, legislações e jurisprudências.

1. DA PROVA

A princípio, é preciso entender o conceito e a origem da Prova. Segundo Nucci (2016, p. 365), o termo prova: “origina-se do latim – *probatio* – que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare*-, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, está satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.” No âmbito jurídico, a Prova é uma forma de representação dos atos, devendo ser produzida em juízo, na fase de instrução do processo, levando em consideração o direito do contraditório e ampla defesa.

As provas, são os meios usados pelas partes e reconhecidos pelos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados, respeitando o devido processo legal e o sistema penal garantista. Nessa perspectiva, pode se dizer, segundo Machado (2012, p.445), que “a prova é, no fundo, uma tentativa de reconstrução da verdade.” Tal meio de comprovação é necessária tanto para resguardar as garantias do réu, quanto para evitar que um criminoso saia impune sem que lhe seja atribuído sua materialidade delitiva e autoria.

No mesmo sentido conceitual, ainda temos o magistério de Capez (2013, p.372):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Logo, sabe-se que para obter a condenação do réu, quem acusa, deve comprovar o que alega em juízo, assim como dar-se a oportunidade de a defesa contestá-las. O magistrado em si, por sua vez, pode denegar as provas manifestadas pelas partes, bem como produzir provas, em verdadeiro ato de ativismo judicial. Ademais, quando a prova não prospera, considera-se frustrada, passando a ser inapta a alegação de alguma das partes no processo.

Desta forma, se pode afirmar que as provas, são os elementos que certificam o juiz sobre as situações e os fatos, para que, finalmente, o mesmo julgue da maneira mais impar e justa possível. Ademais, a prova tem como objeto, a negação ou confirmação de um acontecimento, que tem como finalidade a resolução da lide.

No tocante, relacionado ao objeto da prova, Nucci (2016, p.360):

O objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma de direito internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como que toca a estatutos ou regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiências, porque, na essência, são fatos reiterados.

Vale lembrar que, no processo penal, a busca pela verdade, se trata de verdade atingível e possível, assim, a finalidade da prova é o convencimento de um fato. Nucci, (2012, p.388) diz a respeito que:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Sabe-se que o sistema de apreciação da prova empregado pelo Brasil é o do livre convencimento motivado, acordado no art. 155, do CPP, onde o juiz formará seu convencimento através da livre apreciação da prova que é produzida no contraditório

judicial, onde o mesmo, não deve fundamentar seu posicionamento, ou decisão exclusivamente naqueles elementos informativos apreciados ainda durante a investigação, com exceção das provas cautelares, antecipadas e não receptíveis.

Logo, com fulcro no art. 156 do Código de Processo Penal, a regra é de que, o ônus da prova é de quem acusa, sendo atribuído ao juiz, de ofício, determinar antes mesmo de iniciada a ação penal, a construção antecipada de provas classificadas urgentes e relevantes, dando atenção a proporcionalidade e adequação da medida. O tipo de prova que tal trabalho se refere, de acordo com a conduta dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, são as provas não repetíveis, vistas como aquelas que só podem ser produzidas uma determinada vez, não sendo possível a repetição com a ampla defesa e contraditório, dado que há o desaparecimento da fonte probatória. A perícia dos crimes de estupro, mesmo quando são realizadas na sede de investigação, a diligência não necessita de autorização judicial, visto que faz parte das atribuições da autoridade policial.

Ademais, no que diz respeito à forma da prova, Brasileiro, (2017, p.789) ainda destaca que:

Documento, do latim documentum, de deore (mostrar, indicar, instruir) é o papel escrito que traz em si a declaração da existência (ou não) de um ato ou de um fato (v.g., escritos públicos ou particulares, cartas, livros comerciais, fiscais, etc.). A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumento do crime, etc. Por fim, testemunhal é espécie de gênero de prova oral, que é mais abrangente, já que inclui os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como eventuais declarações da vítima.

Brasileiro, elucida que, com a construção correta da prova, e quando observado todas as garantias legais dos indivíduos, o processo penal pode apresentar uma verdade judicial, através de sentença final. A partir de então se passa a existir uma "certeza jurídica", podendo a mesma ter realmente reconstruído o fato de forma como aconteceram, ou não.

Contudo, o capítulo a seguir tem objetivo de identificar os princípios de embasamento probatório brasileiro, e a busca pela verdade no processo penal.

2. PRINCIPIOS PROBATÓRIOS

Como princípios constitucionais explícitos do processo penal, tem-se a presunção de inocência, ampla defesa e contraditório. O princípio da presunção da inocência, significa que todo acusado é presumido inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória. Partindo do pressuposto de que as pessoas nascem inocentes, tem como objetivo garantir que o ônus da prova caiba à acusação e não à defesa. Caberia, então, ao Estado-acusação, provar o contrário, logo o acusado é presumido inocente até que se prove ao contrário, tendo preservado até o final do processo o seu direito à liberdade.

Ademais, um dos principais e maiores princípios que se encontram no direito brasileiro, relacionado também às provas, é o princípio do contraditório, onde, tudo que se é alegado por uma parte, tem direito a apresentar de contrapartida uma defesa. Tal princípio impede que o processo penal tome a forma de uma inquisição, no qual, apenas uma parte faria alegações sem que outrem pudesse se defender.

São elencados inúmeros princípios probatórios salientados por Brasileiro (2017), sendo estes organizados em:

- **Princípio da proporcionalidade**, que, de acordo com o autor, o Poder Público não pode agir imoderadamente, uma vez que a atividade estatal acha-se estritamente conectada e condicionada pelo princípio da razoabilidade. O mesmo, se aplica como fator de razoabilidade dos atos estatais para comedir os excessos do Poder Público, com intuito de que as relações de poderes sejam equilibradas.
- **Princípio da comunhão da prova**, no qual o autor esclarece que, uma vez a prova produzida, poderá a mesmo ser utilizada por qualquer uma das partes que a incluiu no processo. À vista disso, da mesma maneira que a prova não pertence exclusivamente ao juiz, sequer a parte que a produziu, poderá então, ser convocada tanto pelo autor quanto réu do processo.
- **Princípio da auto responsabilidade das partes**, no qual, as partes assumem as consequências pela atividade ou pela falta dela, logo, as partes são encarregadas pelo erro e as negligências em relação as

provas. Isto posto, se o Ministério Público deixar de comprovar a materialidade e autoria do delito, terá como consequência, a absolvição do réu.

- **Princípio da oralidade**, de acordo com a explicação do doutrinador, fica estabelecido que as provas devem ser realizadas oralmente, sobressaindo a palavra à escrita, sendo bem mais valorada a prova juntada oralmente em audiência e sob a presença do juiz, do que as alegações em declarações escritas.
- **Princípio da identidade física do juiz**, estabelece que, de acordo com a nova redação do art. 399, § 2º do CPP, o juiz que assistir a instrução deverá determinar a sentença. Desse modo, o acolhimento desse princípio possibilita indispensavelmente a ligação entre acusado e o juiz, bem como o colhimento da prova por aquele que vai proferir a decisão, efetivamente.
- **Princípio do favor rei, conforme** o autor, são instrumentos processuais, que, diante a ótica da isonomia constitucional é posta à disposição da defesa para dirimir a desigualdade substancial colocada entre acusação (Ministério Público) e o réu. No meio desses, tais instrumentos podem mencionar os recursos privativos de defesa, como a regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*, revisão criminal exclusivamente *pro reo*, os embargos infringentes, *absolvição* por falta de provas, a proibição da *reformatio in pejus*; etc.
- Princípio da liberdade probatória, o autor afirma que, este princípio pode ser visto como o direito das partes envolvidas de provarem fatos relevantes ao processo, sendo utilizado de qualquer meio de prova. (**grifou-se**)

Ademais, ficou claro ao decorrer dos temas abordados, que a prova é um instrumento de convencimento, e tais princípios expostos auxiliam em sua fundamentação. O direito à prova está descrito no quadro das garantias do devido processo legal, um princípio constitucional elencado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

A problemática que envolve o ônus probatório ganhou importância, após a promulgação da lei 11.690/08, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro. Inicialmente, é preciso esclarecer que ônus não se confunde com obrigação. Entender ônus como obrigação implica em considerar que aquele que alega e não prova ficaria sujeito a uma sanção de caráter punitivo. E não é isso que ocorre. Na verdade, o ônus da prova deve ser entendido como encargo. Trata-se da responsabilidade de provar a materialidade e a autoria do delito.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de (Nucci, 2011, p.26):

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a 'sanção processual', consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato.

Verifica-se, pois, que a condição de inocência do acusado deve reger todo o sistema probatório, de modo que o ônus da prova deve permanecer exclusivamente com a acusação. Diante do exposto, conclui-se que a previsão constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória vem sendo distorcida no que concerne ao ônus da prova no processo penal.

Atualmente, prevalece o entendimento segundo o qual a acusação fica incumbida de provar a autoria e a materialidade do fato, enquanto o réu se incumbem de provar as causas excludentes do crime, em total afronta ao princípio da presunção de inocência.

2.1. Valoração da prova e a busca pela verdade

Ao decorrer da evolução histórica, tendo como base o período vivido, as crenças, os costumes dos povos e localidades, foram surgindo vários sistemas de valoração de provas. Nos sistemas surgidos, **o sistema da persuasão racional**, é o adotado pelo nosso ordenamento, onde se leva em consideração a consciência, não se apegando aos critérios probatórios, e não deixando de fazer fundamentações necessárias. Tal sistema vem sendo aplicado aos casos submetidos no Tribunal do Júri, previsto no art. 93, IX da Lei complementar, com iniciativa do STF que prescreve, seguindo os seguintes princípios:

IX - Todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas suas decisões sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou

somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o direito público à informação.

Ademais, no mesmo raciocínio, segundo o Código de Processo Penal, no art. 155, caput, diz que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Consoante expostos e comparando o sistema da persuasão racional, nota-se que é o sistema mais eficaz e melhor adotado, uma vez que a convicção do juiz é criada de forma livre. A “intima convicção” quando não acompanhada de qualquer fundamentação, permite uma enorme disparidade jurídica, sendo julgada a partir de qualquer elemento, o que significaria um retrocesso do processo penal, levando o julgamento a ter como base elementos como, cor, opção sexual, religião, condições financeiras, enfim, um imenso campo de motivações incabíveis.

Assim como com a apreciação de provas e a livre convicção por parte do juízo ainda pode haver equívocos, condenações infundadas, imagine só quando não consideradas. Os seres humanos estão expostos as imperfeições do juízo para fazer a valoração de algo com absolutismo de certeza. Com isso vive-se uma incansável busca pela verdade, assim Machado (201, p. 445) diz: “a prova é, no fundo, uma tentativa de reconstrução da verdade”.

De acordo com Eugênio Pacelli (2017), a procura pela “verdade real” instituiu no Brasil, no decorrer do tempo várias práticas probatórias, praticas estas, que não haviam previsões legais. Assim, era como se as violações dos direitos fundamentais tivessem prerrogativas de serem autorizadas pelo Estado.

Ainda, o autor relata que tal princípio tinha a obrigação de autorizar abusos das autoridades estatais, afora justificar a ampla iniciativa probatória do juiz, onde se permitia que o mesmo viesse a suprir a representação do Órgão Ministerial, chegando a requerer a produção de provas, nos casos onde a mesma fosse inerte. Essa era a estrutura do Código de Processo Penal de 1941, ainda quando os direitos e garantias individuais da coletividade eram desrespeitados. Logo, com o advento da Constituição Federal de 1988, mais diretamente no art. 5º, onde estão elencadas as garantias

fundamentais, simultaneamente com a aderência do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, houve uma nova versão, redirecionando o Código de Processo Penal.

A verdade que se busca não é absoluta, e sim histórica, uma verdade que no aproxima dos fatos ocorridos voltados a juntada de provas. Com fulcro nas palavras de Machado (2012, p.447):

Trata-se, portanto, de uma verdade processual, reconstruída em torno de fatos delimitados no âmbito de um processo, sempre por intermédio das provas produzidas dialeticamente pelas partes, com a observância das regras e princípios que disciplinam toda a atividade probatória, tal qual estabelecido na lei e na Constituição.

Contudo, a importância das provas corroborando com a busca pelas verdades dos fatos, elucidam uma sensação de processo mais justo.

3. CRIMES DE ABUSO SEXUAL: ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERAVEL

Em sua grande maioria das vezes, o crime de estupro é praticado de forma silenciosa, porém devastadora. O mesmo quase nunca deixa vestígios, e nesse tipo de crime as provas são mínimas, o que dificulta a formação da culpa, a não ser quando coletadas imediatamente.

O delito nem sempre é carregado somente quando há conjunção carnal, há outras atitudes libidinosas que abrangem o crime de estupro. Desta forma, dificulta ainda mais a deixada de vestígios de lascívia da parte autora. Todavia, a palavra da vítima gera total relevância na fase da formação de culpa do acusado.

No entanto, como exposto no referido artigo até aqui, condenar outrem, tendo como base apenas a palavra da vítima, incide-se na grave falta de se condenar um inocente, apesar de haver poucos casos de repercussão nacional nos quais envolvessem inocentes condenados e indiciados.

Logo, far-se-á necessidade de analisarmos os crimes ditos contra a dignidade sexual, aferindo também a dignidade da pessoa humana. Um dos principais princípios que rege o estado democrático do direito, é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, inerente a todo e qualquer ser humano. Conforme Sarlet, (2001, p. 41/42):

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser

titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, como 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.

Tal princípio é relacionado com o direito à sexualidade, que integra o direito à intimidade e à vida privada, assim, fazendo jus a liberdade e ao respeito, ademais, a satisfação sexual limita-se às margens da legalidade, tornando-se inadmissível a ofensa ao direito de outrem sem real consentimento.

No mesmo sentido, Capez (016, p. 19):

Dessa feita, a tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua vida ou sua personalidade. Portanto, é a sua liberdade sexual, sua integridade física, sua vida ou sua honra que estão sendo ofendidas, constituindo, novamente nas palavras de W. Sarlet, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

O Código penal, tem nova redação, modificada pela lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passando a prever os chamados “Crimes contra a dignidade sexual”, transformando dessa maneira, a redação anterior do Título que previa os “Crimes contra os Costumes”. Tornando o bem jurídico agora protegido a dignidade sexual do indivíduo.

Contudo, as mudanças que foram trazidas pela Lei nº 12.015 de 2009, não aconteceram somente quanto a nomenclatura do título, como citado a cima, mas também ocorreram mudanças no tocante a objetividade jurídica do tema, passando a abranger qualquer conduta de conotação sexual. O tema sexualidade já não é mais um tabu tão grande no seio da sociedade, com os novos acessos aos meios de comunicação e informação tende-se a achar que possamos achar uma melhor maneira de interpretar a fragilidade desse tema.

A nova geração vem tratando sobre o assunto de forma cada vez mais sem censura e receio, o fato de terem acesso precoce as redes sócias, nem sempre é um empecilho, e sim um facilitador. As redes sociais viraram uma forma de ferramenta ao criminoso.

Os crimes contra a liberdade sexual estão descritos do art. 213 ao 216- A do Código Penal. Primeiramente trataremos do art. 213 do CP, dispondo crime de estupro, que tem a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se a conduta resulta morte

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL,2009)

Dentre os crimes que violam a liberdade sexual, o estupro é o mais devastador, violento e grave, pois consegue atingir a vítima tanto fisicamente quando psicologicamente, deixando a cima de tudo, sequelas. Logo, a intuição do legislador é endurecer cada vez mais a pena afim de que a pratica desse crime diminua.

Por se tratar de um delito repudiável socialmente e moralmente é normal remetermos a hediondez. Atralam quase sempre a comoção e revolta por parte da sociedade. Assim, o legislador tem o intuito de penalizar de maneira mais rígida, como por exemplo, a redução de alguns privilégios que normalmente um delituoso teria acesso.

Os crimes considerados hediondos são definidos de forma taxativa, consoante a Lei 8.072/90, logo, apenas os descritos na norma são realmente considerados hediondos. Os crimes previstos neste presente artigo são hediondos, todo e qualquer tipo de estupro, sendo ele contra vulneráveis ou não, é de cunho hediondo. No tocante ao estupro de vulnerável, está descrito e foi incluído através da Lei 12.015 de 2009. Assim vejamos:

Art. 217 – A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos (catorze) anos:

Pena – reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL,2009)

Quando se aborda crimes contra vulneráveis, se entende como um delito onde a falta de consentimento, tampouco importa o dissenso da vítima. A Vulnerabilidade é algo mais amplo do que ter essa capacidade ou não de consentir. O legislador ver como vulnerável qualquer pessoa sob crivo de fragilidade ou perigo, devendo serem protegidas de maneira mais concreta e cautelosa. Logo, a lei veio com intuito de pacificar divergências quanto a presunção da vulnerabilidade (absoluta ou relativa). A princípio, a presunção de violência era considerada absoluta, não se admitindo prova ao contrário, no entanto, alguns Tribunais entenderam a presunção deveria ser relativa, passando a analisar o caso concreto, analisando a aptidão da pessoa ao dar seu consentimento.

Se na prática o réu conseguisse comprovar que a própria vítima tinha condição de consentir, não se presumia violência. Assim, a conduta seria atípica. Os exemplos atuais recaem sob a vida íntima e sexual de portadores de deficiência. Logo, as pessoas com deficiência mental, para o nosso Código Penal, no que tange aos crimes sexuais, seriam consideradas vulneráveis e, incapazes de consentir com a prática de atos sexuais.

Porém, em outra perspectiva, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mais diretamente em seu art. 6º, prevê-se que a pessoa com deficiência não tem a capacidade civil afetada, pelo contrário, o mesmo tem proteção legal para exercer seus direitos civis, incluindo os direitos sexuais e reprodutivos.

Contudo, a vulnerabilidade assim como as demais questões no direito, tem suas exceções, como descrita nos casos das pessoas com deficiência, porém, no sentido amplo,

os demais considerados vulneráveis, necessitam de uma atenção especial, regada de muita atenção.

[...] trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir. Entretanto, inseriu-se no termo vulnerável o que antes se denominava singelamente presunção de violência. (Nucci, 2009, p. 829)

3.1 A violência sexual na pandemia

ABSP -Anuário Brasileiro de Segurança Pública, relata que:

[...]. No primeiro semestre de 2020, nós tivemos uma redução de 9,6% nos registros de lesão corporal dolosa, 16,7% nos de ameaças, 22,4% nos estupros de mulheres e 22,1% nos estupros de vulneráveis (meninas de até 14 anos ou vítima com enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência). No mesmo período, em comparação com o primeiro semestre de 2019, observamos ainda um aumento de 2% nos homicídios dolosos de mulheres e 2% nos casos registrados como feminicídios. Ademais, as ligações para o 190 registradas por violência doméstica cresceram 3,8%. Portanto, observamos queda nos registros dos crimes que dependiam principalmente da presença física da vítima nas delegacias, em especial os de estupro, que demandam também exame pericial.

Se a violência contra a mulher foi acentuada na pandemia e o registro de boa parte desses crimes não acompanhou essa tendência, isso indica que as dificuldades enfrentadas pelas mulheres para realizar a denúncia não foi fruto apenas de medos e receios pessoais, mas principalmente da ausência de medidas de enfrentamento adotadas pelo governo para auxiliá-las em um momento tão difícil. A ONU fez uma série de recomendações para orientar os países no enfrentamento da violência contra a mulher nesse período, destacando a necessidade de maiores investimentos em serviços de atendimento online, estabelecimento de serviços de alerta de emergência em farmácias e supermercados e criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero. Apesar das recomendações, nem todos os países assumiram tais medidas como

prioridade. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p.39, **grifou-se**)

3.2 A valoração da palavra da vítima nos casos de abuso sexual

O artigo procurou abordar o valor da palavra da vítima como prova suficiente a condenação do acusado nos crimes de estupro e estupro de vulnerável. Vale ressaltar a importância do depoimento da vítima nesses citados crimes. Nesse sentido, Filho (2015, online), explica que:

No processo penal é importantíssimo o depoimento do ofendido, já que a palavra da vítima é a principal prova da ocorrência do fato criminoso e que, se de um lado, pode estar carregada de sentimentos contrários ao acusado, de outro, em grande número de casos, é de importância decisiva para o reconhecimento da verdade e a própria convicção da existência do crime, cabendo ao juiz a cautela de distinguir as situações.

Aranha (2004), explica que imprescindível a busca por esses dados, informações, mais precisamente quando a prova é mínima, fazendo com que a palavra da vítima tenha o papel principal na persecução penal. É necessário que se verifique antecedentes, idade, estado mental, se havia um relacionamento entre vítima e o acusado, podendo embasar nos casos de crimes cometidos na clandestinidade até mesmo a condenação do acusa.

Esse doutrinador, também relata que é de fundamental importância a busca de informações sobre o relacionamento da vítima com o acusado, se ocorreram situações semelhantes, se já se conheceram, ou participam do mesmo vínculo social ou familiar. É nesse sentido que vem decidindo os tribunais brasileiros, baseados que a palavra da vítima, nos casos de abuso sexual, assume a frente no papel principal de convencimento do juiz, conforme verificamos na decisão que passamos a expor:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de

vulnerável.

2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnano pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do

material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Este

Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes

contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a

palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado

acerca dos fatos. 4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para

amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde

que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos

autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o

acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido.

(Acórdão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta

Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em

24/04/2018.)

Pacelli (2017), defende que nos casos de estupro de vulnerável, a valoração da palavra da vítima é a mesma, na maioria dos casos o que se deferência é na forma de como o depoimento é colhido, levando em consideração quando tratamos de crianças, adolescentes, onde a vítima tem todo um tratamento especial, como por exemplo uma sala para o colhimento do depoimento acompanhado de um psicólogo, um servidor do juízo e um assistente social. Consoante exposto, nota-se a fragilidade do estado da vítima, porém, mesmo com todo estado emocional e físico abalado, tem-se como principal prova, seu relato.

4. SUSTENTAÇÃO DA CONDENAÇÃO BASEADO NA PALAVRA DA VITIMA COMO PROVA PRINCIPAL DO DELITO

Após toda análise relacionadas as provas, a valoração da palavra da vítima e importância da verificação dos fatos em busca de uma sentença justa, é hora de saber o peso dessas diligências na tomada de decisão do juiz.

Em conformidade com Nucci (2016, p. 67) a sentença:

É a decisão monocrática terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação. Esta é considerada a autêntica sentença, tal como consta do art. 381 do Código de Processo Penal, vale dizer, cuida-se do conceito estrito de sentença. Pode ser condenatória, quando julga procedente a acusação, impondo pena, ou absolutória, quando a considera improcedente.

Ademais, quanto ainda a sentença, está descrita no art. 318 e seguintes do Código de Processo Penal:

Art. 381. A sentença conterá:

- I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV – a indicação dos artigos de lei aplica;
- V – o dispositivo;
- VI – a data e a assinatura do Juiz. (BRASIL, 1.941)

Contudo, fica claro a necessidade de que a sentença precisa ter todos esses requisitos mencionados, cabendo a autoridade responsável decidir quanto a condenação ou absolvição do acusado.

Segundo Nucci (2016), comumente a palavra do ofendido, de maneira isolada, não teria a capacidade de fundamentar uma sentença condenatória. Contudo, se tratando de crimes sexuais, a jurisprudência brasileira ao decorrer dos anos, vem se manifestando com posicionamentos de forma contrária, levando em consideração que esses crimes, em grande parte, ocorrerem de forma silenciosa e clandestina, sem que haja muitas provas ou vestígios, restando somente a vítima e seu relato como a principal prova do ocorrido. A mesma será examinada, através de coleta de eventual material genético deixado pelo agressor e pelo testemunho. Neste momento a palavra da vítima deve estar em harmonia com os fatos relatado. Por mais que demais provas sejam frágeis, poderá neste cenário, consoante uma verdade comprovada, ocorrer a condenação do acusado.

Como mencionado anteriormente na jurisprudência, quanto a valoração, a palavra da vítima é suficiente para embasar e sustentar uma condenação, contudo, tal depoimento deve ser coerente com o contexto fático narrado, não deixando ainda de ser investigado se a acusação feita pela vítima não é de conluio falso, com o objetivo real de prejudicar o acusado.

De acordo com esse contexto, depois de toda apreciação de provas do processo, tendo conhecimento do histórico e personalidade tanto da vítima como do acusado, consoante com todos os outros elementos em face que constam o crime, o responsável em proferir a decisão o (juiz), deverá usar de seu livre e racional convencimento para ter um bom alicerce na sentença condenatória, baseando-se na palavra da vítima como principal prova do crime. Vale ressaltar que o depoimento da vítima deve estar em harmonia com os demais elementos do processo, sem que haja insuficiência de provas, levando a absolvição do réu.

Contudo, devem-se conduzir à implantação de políticas públicas de prevenção criminal, para as vítimas dos mencionados delitos que, em diversas situações e contextos são expostas a extrema condição de vulnerabilidade social, não tenha mais ferida, sua dignidade.

CONCLUSÃO

Com o dado avanço social, seja por meio da globalização, ou através da rapidez de informações que as notícias são compartilhadas por uma maior quantidade de conhecimento, assuntos que antes eram cheios de toques ou tabus para serem tratados, estão cada vez mais em evidencia. São eles no tocante a sexo, menstruação, mudança no patriarcado etc. Através dos meios de comunicação, as pessoas passam a ter uma maior

abertura sobre dados termos, ou até mesmo quando ainda não estão prontas para falarem sobre, tem a opção de irem a internet pesquisar e saber sobre tudo que possuem questionamentos.

Porém, é inegável que o fato de termos acesso a tudo tão rápido, também pode gerar uma vida sexual precoce, verificando-se que acontece cada vez mais. Em consequência disso, há maiores casos de problemas decorrentes da prática sexual, sejam eles o abuso em si, a gravidez na adolescência, o aborto e as doenças sexualmente transmissíveis.

O abuso sexual, os crimes abordados de estupro e estupro de vulnerável, geralmente são os crimes que mais chocam o meio social, causando a fúria e repugnância aqueles que a praticam. Na maioria dos casos, torna-se difícil a comprovação, pois há várias maquiagens sociais ou o total constrangimento de quem sofre sendo vítima desses delitos, tornando a investigação mais difícil. Logo, a única prova restante é a palavra, o depoimento da vítima, acompanhados dos exames periciais.

Este artigo tratou de salientar as noções gerais quanto a prova, explicando que sua finalidade principal é a reconstrução de um fato ocorrido, servindo posteriormente como embasamento para o convencimento do juiz sobre o crime relatado. Quando há uma juntada de prova suficiente, sem que haja nenhuma violação das garantias individuais, o processo em si consegue chegar a uma verdade judicial, pois de acordo com as provas produzidas legalmente a tendência é que se chegue mais próximo de uma realidade fática.

Ademais, foi percorrido uma explanação quanto os princípios probatórios que regem a legislação pátria, estes, dão todo embasamento e suporte para que a prova seja formada e haja repercussão nos efeitos do processo.

Em seguida abordou-se a valoração da palavra da vítima quanto fator principal a sustentação em condenações. Constatou-se que quando se trata desses crimes a palavra da vítima possui grande valor, pois são cometidos de forma clandestina, sem que haja vestígios concretos, tornando a vítima assim, a única prova presente do crime. Estando a mesma em harmonia e havendo coerência entre o fato e o depoimento, pode haver sim a condenação do acusado.

Diante do problema exposto, foi demonstrado através do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a situação atual devida pandemia em que se encontra o país, havendo um aumento considerável das vítimas de violência sexual.

Contudo, a problemática girou em torno da possibilidade do depoimento/palavra da vítima ter força o suficiente para sustentar uma condenação, concluiu-se que há

possibilidade sim. Dados os crimes de estupro e estupro de vulnerável, o relato da vítima passa a ser visto como prova principal, com olhar especial, logo, estando em coerência com os demais elementos probatórios são tratados em especial pela jurisprudência brasileira. Vale ainda ressaltar, que a palavra não é a única prova apta a embasar uma condenação, o processo penal possui todo um contexto fático e probatório bem elaborado em consoante com decisão correta ser tomada pelo juízo de direito.

REFERÊNCIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da Prova no Processo **Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL, Decreto Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 26 junho 2021.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso 26 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.211.243** – CE (2017/0311378-6), da 5ª Câmara. Agravante: C. E. de O. G. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Brasília 24 de abril de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549093946/agravo-em-recurso-especial-aresp-1211243-ce-2017-0311378-6>> Acesso em 05 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 03 maio 2021.

Capez, Fernando, Curso de processo penal, 17 ed. São Paulo, Saraiva 2016. Acesso em 27 abril 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Acesso em 22 abril 2021.

NUCCI, Guilherme de Sousa, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 13º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Acesso em 18 abril 2021.

PACELLI, Eugênio, Curso de Processo Penal, 21º ed. São Paulo: Atlas, 2017. Acesso em 25 maio 2021.

Revista dos Tribunais, 2009. **Crimes contra a dignidade Sexual**. 5.Ed. São Paulo. Acesso em 01 junho 2021.

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO PARA A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICÁCIA E EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

WUDSON PENA MENDONÇA:
bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Luterano de
Manaus - CEULM

RESUMO: Objetivo: Apresentar o controle interno como parceiro do Estado, visando assegurar que a Administração Pública atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, garantido que os recursos públicos sejam bem aplicados e garantindo a moralidades das instituições públicas. **Métodos:** Trata-se da análise sobre os conceitos de administração pública, eficácia, eficiência e controle interno, bem como apresentar aos gestores públicos sobre os métodos usados pelo controle interno como meios para auxiliá-los no alcance do bem comum, ou seja, o interesse da sociedade, pontuando os princípios da eficácia e eficiência como norteadores para a problemática. **Considerações finais:** Conclui-se que os gestores públicos têm fundamental importância na sociedade, tendo em vista que estes, dotados de poderes decorrente de processo eleitoral ou livre nomeação, guiam e trabalham de acordo com as normas para garantir o bem-estar da sociedade, mesmo que em alguns casos ainda encontra-se gestores que estão em processo de adequação quanto aos órgãos de controles, estes devem intensificar os trabalhos para implementação dos órgãos de controle interno garantindo as boas práticas da administração pública, que devem ser fiscalizados na medida que for necessária.

Palavras-chave: Administração, Eficácia, Eficiência, Controle Interno.

ABSTRACT: Objective: To present internal control as a partner of the State, aiming to ensure that the Public Administration acts in accordance with the principles imposed on it by the legal system, ensuring that public resources are well applied and guaranteeing the morality of public institutions. **Methods:** This is an analysis of the concepts of public administration, effectiveness, efficiency and internal control, as well as presenting to public managers the methods used by internal control as a means to assist them in achieving the common good, that is, the interest of society, pointing out the principles of effectiveness and efficiency as guidelines for the problem. **Final considerations:** It is concluded that public managers are of fundamental importance in society, considering that they, endowed with powers resulting from the electoral process or free appointment, guide and work in

accordance with the norms to ensure the well-being of society, even though in some cases there are still managers who are in the process of adapting to the control bodies, they should intensify the work to implement the internal control bodies, ensuring good public administration practices, which should be inspected as it goes. required.

Keywords: Administration, Effectiveness, Efficiency, Internal Control.

RESUMEN: Objetivo: Presentar al control interno como socio del Estado, buscando que la Administración Pública actúe de acuerdo con los principios que le impone el ordenamiento jurídico, garantizando la adecuada aplicación de los recursos públicos y garantizando la moralidad de las instituciones públicas. **Métodos:** se trata de un análisis de los conceptos de administración pública, eficacia, eficiencia y control interno, además de presentar a los gerentes públicos los métodos que utiliza el control interno como medio para ayudarlos a lograr el bien común, es decir, el interés. . sociedad, señalando los principios de eficacia y eficiencia como pautas para el problema. **Consideraciones finales:** Se concluye que los administradores públicos son de fundamental importancia en la sociedad, dado que ellos, dotados de competencias derivadas del proceso electoral o de libre nombramiento, orientan y actúan de acuerdo con las reglas para asegurar el bienestar de la sociedad, si bien en algunos casos aún existen directivos en proceso de adaptación a los órganos de control, deben intensificar la labor de implementación de los órganos de control interno, garantizando las buenas prácticas de administración pública, que deben ser monitoreadas a medida que avanzan. obligatorio.

Palabras clave: Administración, Efectividad, Eficiencia, Control Interno.

1. Introdução

A administração pública se refere ao aparelho estatal, ou seja, ao conjunto formado por um governo e seus agentes administrativos, regulado por um ordenamento jurídico (BRESSER PEREIRA, 1995). Administrar a máquina pública em um cenário em que cargos públicos são negociados por interesses políticos e pessoas são nomeadas sem capacidade técnica, pode gerar prejuízos em larga escala para a população que necessita da prestação de serviços públicos mais eficazes e eficientes. Exercer a função de Gestor e desviar-se dos atos públicos permitidos em lei acarreta em danos particulares aos administradores que devem prestar contas, sob pena de condenação por improbidade administrativa.

O administrador dotado de capacidade técnica da atividade administrativa deve se prevalecer dos meios legais que conseqüentemente tornam seus atos administrativos eficientes quando busca praticar os princípios administrativos em sua totalidade, ocorre

que nessa busca pode haver de forma natural uma desordem, com diversos gerentes e assessores que podem desvirtuar dos princípios administrativos, motivo pela qual dar-se atenção ao Sistema de Controle Interno, conforme preconiza o artigo 70 e 74 da CF/88, que nesse contexto observa-se que o Controle Interno tem um papel fundamental para auxiliar a Gestão Pública nesse processo, contribuindo para que proceda continuamente de forma legal, econômica, eficiente, eficaz, efetiva e transparente.

Eficiência e eficácia são comumente usadas e até confundidas como termos semelhantes, todavia possuem suas diferenças principalmente no campo da Administração. Uma vez que “em síntese administrar implica tomar decisões e realizar ações” (JACOBSEN 2012, pág 37). Nessa perspectiva, dependendo do estilo de gestão da organização, pode-se determinar o quanto ela pode utilizar adequadamente seus recursos para atingir seus objetivos, determinando assim o nível de eficiência e eficácia.

O controle interno, como o próprio nome já diz, é uma espécie de controle feito internamente na administração pública. Segundo Cruz e Glock (2013) este tipo de controle surgiu para garantir a transparência e segurança do gestor para tomada de decisões em sua gestão. Portanto, é do interesse do gestor manter o controle interno em perfeitas condições de funcionamento.

2. Administração pública

A Administração Pública é toda a organização do Estado voltada a atividade de serviço público, com o objetivo de satisfazer o interesse público, a estrutura administrativa do Estado. Conforme elucida Kohama (2014, p. 13) a administração pública está estruturada e hierarquizada com graduação de autoridade, correspondente às diversas categorias funcionais, ordenada pelo Poder Executivo de forma que distribua e escalone as funções de seus órgãos e agentes, estabelecendo a relação de subordinação. Tendo em vista essa situação. Diante disso, Meirelles (1994, p. 55 apud SILVA, 2017, p. 3), o estudo da Administração Pública em geral, “compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados”.

O entendimento acerca do conceito de administração pública para muitos doutrinadores que entendem que a Administração Pública permite a sua descrição, mas não permite sua definição, pode-se compreender que o foco da Administração Pública é produzir serviços, bens e utilidades para a população. Sendo assim muitos autores e

aplicadores do direito trazem dois sentidos simples e clássicos, destarte para Mazza (2015, p.55). "A Administração Pública em sentido subjetivo ou orgânico é o conjunto de agentes e órgãos e entidades públicas que exercem a função administrativa".

A estrutura da Administração Pública, fica demonstrada pela composição das entidades de direito público interno, que são as administrações diretas ou centralizadas, bem como a administração indireta ou descentralizada, composta pelas autarquias, juntamente com as entidades de direito privado denominadas "paraestatais", que o poder público cria ou autoriza, mediante autorização legislativa, para executarem atividades de interesse do Estado. Segundo Kohama (2014, p.10) é através do conjunto de órgãos, o qual formam a Administração, que o Estado pratica a gestão de suas atividades, a fim de corresponderem ao interesse público.

3. A eficácia na administração pública

Jacobsen (2012, pág. 37) relata que administrar com eficácia significa atingir os objetivos que foram planejados. Pode-se conceituar a eficácia como sendo a relação entre resultados e objetivos, compreender o ambiente, suas necessidades e desafios, capacidade de resolver um problema que quanto mais uma organização alcança com êxito seus objetivos, mais eficaz se torna (MAXIMILIANO, 2000). Neste sentido, trazendo para o âmbito da gestão pública, os objetivos da Administração Pública visa alcançar, os melhores serviços possíveis, necessários a sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, dentre outras áreas. Eficácia, segundo André (1993), é alcançar com êxito determinado objetivo em um tempo previamente estipulado, onde as metas são definitivamente atingidas. Em síntese, é escolher certo o que fazer, selecionando os objetivos adequados e os melhores meios de alcançá-los. Para maior compreensão, elucida (Torres, 2004):

Eficácia: "basicamente, a preocupação maior que o conceito revela-se relaciona simplesmente com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos".

A Administração Pública tem como objetivo trabalhar em favor do interesse e dos direitos dos cidadãos que administra. Além de planejar, esta executa o serviço público. Administrar não se resume somente a executar serviços, também refere-se ao caminho de todo o planejamento traçado para obter a execução (DI PIETRO, 2010). Conforme afirma Meirelles (2000, p. 80), o objetivo principal da administração é promover o bem comum de seus administrados. Não basta somente, que o Estado tenha uma legislação avançada e vários planos de políticas públicas no plano abstrato, se faz mister que este garanta a

execução dos serviços público, com a máxima qualidade e eficácia atingível, onde garantam de fato a finalidade para o qual foi criado, garantir o interesse público.

Como indicadores de eficácia, a administração pública deve melhorar o desempenho da sua aprendizagem organizacional, criando novas formas que auxiliem na gestão, objetivando a qualidade no serviço público prestado (METCALFE,1992). Segundo Richard Boyle (1989) para avaliar a eficácia é necessário definir claramente os objetivos da organização. No setor público, para este autor, devem participar políticos, o corpo técnico-burocrático e a população.

É importante observar que a Constituição Federal prevê a avaliação de resultados quanto à eficácia no seu artigo 74, inciso II:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

A eficácia, em geral, estará relacionada à definição e possível consecução de objetivos, que muitas vezes estarão no âmbito da discricionariedade do administrador público. Neste sentido, no âmbito da administração pública, existem outros componentes presentes na tomada da decisão, fatores políticos ou culturais, por exemplo. O modelo racional de se administrar com eficácia, é dar ênfase aos aspectos estratégicos nas escolhas, gerando mais certeza e objetividade nos atos administrativos, garantindo a estabilização da ordem no sistema público. (METCALFE,1992).

4. **A eficiência na administração pública**

Na administração pública, cuja finalidade existe para satisfazer o interesse público, para alcançar este objetivo, a administração pública se baseia em princípios que visam promover a melhor prestação do serviço público. Segundo Kohama (2000, p.27), a administração pública é todo o conjunto organizado e estruturado para a prestação dos serviços públicos, satisfazendo o interesse coletivo.

Neste sentido, destaca-se o princípio da eficiência, onde norteia todos os atos administrativos, visando agir, com efetividade, economicidade, transparência e moralidade, onde a administração pública deve, de maneira eficiente, cumprir as metas estabelecidas, com a finalidade de atender de forma satisfatória a sociedade. Além disso, faz-se importante observar, que as atividades administrativas devem sempre respeitar a primazia da legalidade. Diante disso, o princípio da eficiência se demonstra, segundo Hely Lopes Meirelles (2002, p. 94):

“o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”, e acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração.”

O princípio da eficiência foi introduzido expressamente pela Emenda Constitucional 19, de 1998, onde introduz que, os serviços públicos prestados, sejam eficazes e que atendam necessidade o para qual foi criado, satisfazer os interesses públicos. A qualidade nos serviços públicos é de suma importância para concretizar o princípio da eficiência, este princípio se demonstra como a relação entre esforço e resultado, quanto menor o esforço dos atos da administração pública para atingir um resultado, mais eficiente é este.

Nesse sentido, de acordo com (MODESTO, 2000) expressa a existência de três atributos da ação eficiente, onde inserem-se nas duas dimensões indissociáveis que qualificam a eficiência no mundo jurídico: a racionalidade e a otimização no uso dos meios e a satisfatoriedade dos resultados da atuação da administração pública.

A administração pública não visa o lucro como as empresas privadas, logo, seu maior objetivo e fundamento de existência é servir a coletividade, promovendo os serviços essenciais que satisfaçam as necessidades sociais, onde o Estado faz cumprir, com os direitos sociais elencados na Constituição. O princípio da eficiência é imprescindível para o cumprimento da legislação, que visa promover com êxito as políticas públicas do Estado. A Eficiência determina à administração pública e seus agentes, que se baseiem na busca por um serviço público de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade.

Outra vertente a se olhar, é que a eficiência é a forma de não se desperdiçar o bem público, fazendo uso com a qualidade ajustada com o serviço a ser realizado, visando

sempre pela qualidade, pois o dinheiro público origina-se, da arrecadação do dinheiro de cada cidadão, se fazendo necessário evitar o desperdício desses recursos. Conforme diz (Chiavenato, 1994, p. 70):

Eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos (...) A *eficiência* é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível (...)

Ademais, conforme definido por Moraes (1999, p. 127) o Estado passou a ser um prestador de serviços públicos essenciais, tornando a sua atuação mais relevante e de grande responsabilidade, sendo que presta serviços à sociedade, como à defesa da pátria, à segurança pública, à administração da justiça, ou ainda, à arrecadação de tributos. Sendo mais necessário ainda, o cuidado no exercício destes serviços, em vista do grande comprometimento social que o Estado passou a ter, como determinado pelo ordenamento jurídico constitucional. Diante disso, o princípio da eficiência está ligado a forma de atuação dos agentes públicos e o desenvolvimento de suas atividades de maneira satisfatória, em busca de alcançar desempenhos positivos (Di Pietro, 2002).

O serviço público precisa fluir de forma natural de acordo com as necessidades e exigências da população, existindo uma grande necessidade da eficiência no setor público, onde está ligada às variedades das exigências políticas, culturais e sociais de cada região e variando juntamente com o momento a ser vivido pelos cidadãos. A característica principal do princípio da eficiência é o controle por resultados, ou seja, nesta é mais importante que se alcance os melhores resultados possíveis. Em síntese, administrar implica tomar decisões e realizar ações, segundo expõe Jacobsen (2012), dependendo da forma que atua o gestor público, pode-se determinar o nível de eficiência, onde este deverá utilizar os recursos públicos disponíveis, alcançando os objetivos da administração pública com a maior economicidade possível, promovendo o interesse público, e, portanto, efetivar o princípio da eficiência.

5. Conceito de Controle Interno

O Controle Interno integra a estrutura organizacional da Administração, tendo por função acompanhar a execução de todos os seus atos e apontar, em caráter sugestivo, preventivo ou corretivamente as ações a serem desempenhadas, sendo que o ideal é que

a administração dê ênfase à prevenção. A missão do controle interno é a de fornecer aos gestores, de todos os níveis, informações para a tomada de decisão, relatos que venham auxiliar o controle dos processos, com o objetivo de alcançar as metas estabelecidas e resguardar os interesses da organização, colaborando na definição de suas responsabilidades, fornecendo análises, apreciações, recomendações, pareceres e acima de tudo, informações relativas às atividades examinadas, propiciando, assim, um controle efetivo a um custo razoável, colaborando para o melhor desempenho administrativo.

Para definir controle interno, Castro (2011) utilizou-se da definição feita pelo Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados (AICPA), que segundo ele é a mais difundida até hoje:

O controle interno compreende o plano de Organização e todos os métodos e medidas, adotadas numa empresa para proteger seu ativo, verificar a exatidão e a fidedignidade de seus dados contábeis, incrementar a eficiência operacional e promover a obediência às diretrizes administrativas estabelecidas.

A organização de um sistema de controle interno é tarefa complexa e pressupõe a existência de liderança de pessoas, existência de métodos e processos definidos, conhecimentos técnico e acompanhamento, todas essas qualidades devem interagir sistematicamente, conforme elucida De Fayol (1890 apud Botelho, 2007, p.29) a atividade do controle é avaliar os resultados obtidos, onde acompanha-se todos os atos praticados na administração, incentivando o planejamento na coordenação praticadas pelos gestores.

Neste sentido, é importante estabelecer os principais conceitos que fazem parte da organização de um sistema de controle interno. Os sistemas de controle interno são orientados por princípios fundamentais, cuja observância serve para garantir, com razoável segurança que as diretrizes de uma organização e seus objetivos estabelecidos sejam alcançados, diante disso, dispõe o Anexo Único da Resolução Atricon (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil) os princípios gerais de controle interno:

- Relação custo\benefício
- Qualificação adequada, treinamento e rodizio de funcionários
- Delegação de poderes
- Definição de responsabilidades
- Segregação de funções
- Instruções devidamente formalizadas
- Controles sobre transações

- Aderência a diretrizes e normas legal

Para maior compreensão, conforme Almeida (1996, p. 50), o controle interno possui um papel de estabelecer ferramentas a serem utilizadas pela administração, com a finalidade de coordenar todos os seus atos, administrativos e contábeis. Diante disso, o apoio do controle interno é fundamental para o desenvolvimento de qualquer organização, por vez, de o controle interno ter o desenvolvimento de prestar o acompanhamento técnico para a organização dos setores, dos processos, gestão de pessoas, bem como de monitorar o desempenho da gestão de determinada organização, e propor as melhorias necessárias para a sua progressão, acompanhando os indicadores e assessorando os administradores para a eficiência da gestão. Segundo Castro (2008, p. 27), controle, é a técnica comercial, para indicar o exame e avaliação dos dados que se registram em determinada organização em suas operações registradas, a fim de verificar a fidedignidade dos dados.

5.1 Controle interno na administração pública

Na administração pública, o controle interno contribui de forma significativa para que se alcance os melhores desempenhos nas atividades administrativas a serem atingidas pelo serviço público, pois este controle acompanha detalhadamente todos os atos praticados pela administração pública, além de opinar nas tomadas de decisões, onde o gestor pode ou não atender à proposta que lhe seja indicada, sendo dele a responsabilidade e risco dos atos praticados durante a gestão.

No que diz Meirelles (2005, p. 645), controle no âmbito da administração pública, é a capacidade de cada poder, órgão ou autoridade, de acompanhar, avaliar e corrigir os atos que não estão de acordo com as normas e diretrizes estabelecidas, seja por qualquer um dos poderes. O controle interno serve de apoio para a administração pública, no sentido de identificar fatores, que possam afetar o desempenho de determinado órgão ou entidade da administração pública.

Segundo Castro (2013, p. 326), o controle interno na visão positiva, funciona como ferramenta de apoio a administração pública, sendo essa forma de apoio demonstrada nos monitoramentos de riscos, que visam promover com segurança razoável o alcance dos objetivos administrativos. Além disso, o controle interno abarca o planejamento, orçamento e as finanças da atividade pública-administrativa.

Para melhor compreensão sobre o controle interno, precisa-se antes conhecer como ele está estruturado, onde este não é exercido somente no âmbito federal, pela Controladoria Geral da União (CGU), ele é exercido por cada órgão público em sua autoadministração, por cada um dos poderes do Estado, em todos os níveis de governo, na razão de que cada órgão da administração pública necessita acompanhar, controlar e avaliar suas atividades. Diante disso, a Organização Internacional das Entidades Superiores de Fiscalização - INTOSAI, uma organização não governamental que reúne entidades de fiscalização político- administrativa (como o Tribunal de Contas da União – TCU) define o controle interno governamental: “um processo integral realizado pela gerência e pelos funcionários de uma entidade, desenhado para enfrentar os riscos e para garantir razoável segurança de que, na consecução da sua missão institucional, os seguintes objetivos serão alcançados.

A Constituição Federal de 1988 organiza a administração pública e em seu artigo 74, onde estabelece a obrigatoriedade de todos os Poderes do Estado manterem, de forma integrada, um sistema de controle interno cujas finalidades são:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

A Constituição de 1988 outorgou aos sistemas de controle interno funções relativas à garantia do equilíbrio e qualidade dos gastos públicos, o que contribui para o aperfeiçoamento da gestão financeira e conseqüentemente, para a efetividade dos programas de governo e seus objetivos sociais. Além da fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública ser exercida pelo Poder Legislativo, mediante o exercício do controle externo, esta fiscalização também é desempenhada pelo sistema de Controle Interno de cada poder, por expressa determinação constitucional expressa no artigo 70 da Constituição Federal de 1988:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Diante disso, observamos a abrangência do controle interno em cada entidade da administração pública, tornando seu exercício de suma importância para a garantia da fluidez das atividades públicas em todos os setores de atividade. Isto demonstra que a administração pública deve estar altamente preparada para promover com excelência suas atividades, assim como deve investir e inovar em seu aprimoramento. Desta forma, segundo Castro (2008, p. 64), a função do controle interno diz respeito a atuação do gestor e a avaliação dos riscos para o patrimônio da administração pública.

A auditoria interna é a unidade administrativa do órgão de controle interno que se utiliza de técnicas para verificar a ocorrência de erros, fraudes e desperdícios, de forma concomitante ou posterior aos atos administrativos, abarcando o exame detalhado, total ou parcial. Baseado nisso, destaca-se as espécies de auditorias internas existentes na administração pública a fim de preservar os recursos públicos e promover a boa administração.

Auditoria de regularidade: Nesta Auditoria são feitos exames referentes aos registros das demonstrações contábeis, contas do governo, operações e sistemas financeiros, além de verificar também no cumprimento das disposições legais e regulamentares, são verificadas as conformidades das transações com as leis e regulamentos e temas relacionados à inadequação de controles internos, atos ilegais ou fraude, esta é mais analítica, crítica e subjetiva, onde observa-se se os atos administrativos estão perante a obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (com ênfase na economicidade, relação custo-benefício), às leis e regulamentos internos, regularidade funcional, controles internos, visando à adequação legal, orçamentária, financeira, patrimonial do órgão ou entidade, onde segundo a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI, a Auditoria de regularidade compreende o exame de legitimidade dos atos administrativos, dos controles internos e Auditoria da legalidade de atos administrativos (ISSAI 100/39, 2001).

Auditoria contábil: Auditoria realizada na escrituração e nas demonstrações contábeis com vistas a confrontar a conformidade dos atos ao registro contábil, salvaguardar os ativos, assegurar a veracidade dos componentes patrimoniais, propiciar a obtenção de informação oportuna e adequada, de acordo com Sá (2002, p. 21): auditoria contábil é a técnica utilizada para avaliação e orientação sobre os patrimônios de determinada entidade, onde verifica se os relatórios colhidos estão de acordo com as regras e conceitos contábeis, objetiva obter elementos comprobatórios suficientes que permitam opinar se os registros contábeis foram efetuados de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e se as demonstrações deles originárias refletem, adequadamente, a situação econômico-financeira do patrimônio, os resultados do período administrativo examinado e as demais situações nelas demonstradas.

Auditoria operacional: Atua nas áreas inter-relacionadas do órgão/entidade, avaliando a eficácia dos seus resultados em relação aos recursos materiais, humanos e tecnológicos disponíveis, bem como a economicidade e eficiência dos controles internos existentes para a gestão dos recursos públicos. Castro (2011, p. 378) afirma que a finalidade da auditoria operacional ou de desempenho "é avaliar se os recursos estão sendo usados eficientemente e se estão alcançando os objetivos traçados". Neste ponto, entende-se que a auditoria operacional leva esse nome, pois sua finalidade específica é a busca da melhoria das operações que estão sendo auditadas ou examinadas. Araújo apresenta o conceito de auditoria operacional, proposto pela INTOSAI (2016) complementa a definição de Auditoria Operacional ao dizer que é como o exame independente, objetivo e confiável que analisa se os empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento, sendo realizadas pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), Araújo (2008, p.117).

5.2A importância do controle interno para a efetivação dos princípios da eficácia e eficiência na administração pública.

Uma forma de aumentar a eficiência e a eficácia no exercício dos atos da administração pública é através dos chamados controles externos e internos, onde destaca-se a alta relevância que o controle interno possui, controle este, que é realizado pelos próprios órgãos em sua autoadministração, na teoria administrativa, eficácia e eficiência são consideradas fundamentais a qualquer organização, seja pública ou privada, ambas são vitais para o planejamento: determinar os objetivos certos e em seguida escolher os meios certos de alcançar esses objetivos e conseqüentemente garantir a efetivação dos princípios que norteiam a administração pública em suas atividades,

segundo a Estrutura Integrada de Controle Interno – COSO é importante que as organizações desenvolvam, de forma efetiva e eficaz, sistemas de controle interno que se adaptam aos ambientes operacionais e corporativos em constante mudança, reduzindo os riscos para níveis aceitáveis e apoiando um processo sólido de tomada de decisões e governança da organização.

O funcionamento adequado dos controles internos, asseguram que as atividades de determinado órgão estejam ocorrendo da maneira correta, evitando falhas, excluindo riscos e promovendo o alcance da eficiência nos atos estatais, a importância do controle interno para a efetivação do princípio da eficiência, se faz com a capacidade da administração pública usar menos recursos possíveis para realizar determinados atos, além de garantir a sua execução.

O controle interno auxilia nos gastos públicos, fiscalizando da forma correta, como esses gastos se darão. É imprescindível para que a administração pública alcance seus objetivos, uma gestão de qualidade, conforme prediz BOTELHO (2007, p.11), os sistemas de controle interno têm como função buscar cooperação com os setores de fiscalização, para garantir os objetivos semelhantes, assegurar que os recursos públicos estejam sendo aplicados de maneira correta.

Para maior compreensão, acerca do assunto, elucida-se a importância do controle interno para a gestão dos recursos públicos, com isso, expõe Arantes (2016 p. 105), é unânime o entendimento entre os gestores de que o órgão de controle interno exerce, ou teria potencial de exercer, um papel fundamental na melhoria da gestão, ainda mais a contribuição do controle interno na administração pública como ferramenta para economicidade de processos, sendo importante observar, que esses controles são fundamentais para garantir maior eficiência das atividades estatais com moralidade, transparência e principalmente publicidade, respeitando a primazia da legalidade, conforme cita CAVALHEIRO (2005, p. 36), os controles internos servem para evitar a ineficiência na gestão, onde deve assegurar a qualidade nas atividades administrativas, na parte organizacional e estrutural.

Os gestores públicos vem ao longo do tempo buscando atingir mais eficiência, empregando melhor todos os recursos sob seu controle, alocando as pessoas certas nos lugares certos, reduzindo gastos e controlando melhor os recursos públicos oriundos dos contribuintes, ratificando esta ideia, há as palavras ditas por Monika kos - Chefe de Cooperação Internacional da Unidade Central de Harmonização do Ministério das

Finanças, Polônia no Seminário Internacional de Auditoria e Controle Interno, realizado em dezembro de 2014 em Brasília:

“Atingir metas é algo bem recente no setor público, consequência da aplicação do Controle Financeiro Interno Público. Tradicionalmente, a ênfase era dada no gasto do recurso e na conformidade com o orçamento, leis e regulamentos. Outra novidade é a necessidade de que os dirigentes máximos das entidades sejam mais que chefes ou especialistas nesta ou naquela área. Precisam ser administradores, focados na gestão, na conquista de objetivos e na ideia de agregar valor. Nesse contexto, são necessárias mudanças de mentalidade e também nos acordos legais e organizacionais, para aprimorar o uso do recurso público e para que o real significado de “eficiência e efetividade” seja obtido”.

Para desempenhar as funções de um controle interno eficaz, o gestor público deve ser dotado de formação, conhecimentos, recursos, metodologia e técnicas que lhe permitam gerir as áreas de controle, identificando as falhas e partes que não são adequadas ou observadas, sendo extremamente necessário que este apresente recomendações voltadas ao aprimoramento dos controles internos e ações voltadas a orientação das atividades gerenciais com a finalidade de se valer a observância das normas estabelecidas, eficiência e eficácia, têm sido na atualidade um dos maiores objetivos buscados pelos gestores públicos, pois, além da maior especialização dos gestores atuais, cresceu também as cobranças do controle social, diante disso, elucida Castro (2013, p.1), as entidades administrativas precisam buscar estratégias, mecanismos para atingir seus objetivos, cumprir sua missão, melhorar seus resultados, e preservar sua existência, buscando cada vez mais satisfazer os interesses públicos.

Economicidade para as atividades do controle interno no setor público, conforme expõe CARDIN (2015, p.8): Contudo, a ideia de economicidade envolve atos e comportamentos expressos como eficientes, produtivos, eficazes, rentáveis e outros, assim, o objetivo será realizar o máximo de rendimento dos recursos disponíveis, com a utilização de um método de apropriação de dados que leva em conta os interesses da coletividade e os fatores sociais do mercado, num determinado tempo e espaço”. Fica claro que o controle interno propicia, melhores resultados nas atividades administrativas pois, atuam nas áreas mais importantes de uma organização, os controles internos,

tomados como sistema, englobam toda a organização e podem caracterizar-se como controles contábeis e controles administrativos (CREPALDI, 2000).

De acordo com Rocha (2013) os estudos realizados recentemente sobre controle interno na gestão pública vêm se tornando um dos instrumentos mais importante por se constituir em uma atividade imprescindível a todo esforço humano em busca dos objetivos firmados e estabelecidos, pois, se este não existisse, certamente que a gestão pública não teria como mensurar o cumprimento de metas nem a execução de orçamentos, pela inobservância de um dos intrínsecos elementos da gestão e/ou administração. Neste sentido, o controle interno em uma organização/instituição desempenha papel importante e tem como objetivo fundamental, a proteção de todo o patrimônio, se manifestando assim, como resultado, e neste sentido, se constituindo como ferramenta de apoio a contabilidade, por isso a necessidade de estudos direcionados para esta área, tendo em vista a importância de um sistema de controle interno que evidencie indicadores de excelência na execução das políticas públicas estabelecidas (ROCHA, 2013). Além do mais, no atual contexto da administração pública, ou melhor, da gestão pública, a busca por qualidade na execução dos serviços públicos oferecidos a todos os cidadãos residentes no país tem sido condição e uma busca constante dos órgãos públicos, haja vista a preocupação com a utilização dos recursos públicos e como melhor utiliza-los.

5.3 Controle interno como apoio no gerenciamento dos gastos públicos.

De outra maneira, o controle interno auxilia quanto nas finanças, onde ocorre as atividades de registrar, inspecionar, examinar, com a finalidade da verificação da fidedignidade dos dados, no que se refere, a controle interno na administração pública, vale lembrar o que explica Castro:

A atividade de controle, vinculada inicialmente, às finanças das empresas, pode ser aplicada às finanças pessoais. O equilíbrio do orçamento individual depende do controle que se exerce sobre os gastos, de forma a compatibilizá-los com a receita. Princípio que se consolidou na Administração Pública por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal. Com muito mais razão, deve-se manter o controle orçamentário da *res (coisa)* pública, por ser um recurso da sociedade,

gerido por agentes públicos em prol da coletividade.
(CASTRO, 2008, p. 27)

O controle interno tem evoluído constantemente, sempre buscando aprimorar as ferramentas de controle, sejam eles contábeis ou administrativos, contribuindo para uma maior transparência dos gastos públicos, corroborando ainda quanto a importância do controle interno para a eficiência e eficácia na utilização de recursos públicos, Barroso (2009) em sua monografia: A importância do controle interno na administração pública municipal: uma ferramenta de gestão e transparência, nos diz: "Como o controle interno é um setor que participa de forma efetiva do planejamento orçamentário e faz avaliação periódica da sua execução, torna-se um dispositivo de grande relevância para que os recursos públicos sejam aplicados de forma eficaz".

A Constituição Federal, por meio dos arts. 70 a 75, introduziu este tipo de avaliação da gestão pública através da verificação dos atos praticados pelos gestores, passaram a servir de técnica para julgamento das contas dos dirigentes públicos pelos Tribunais de Contas.

O aumento do controle e a rigidez na condução do orçamento público, definindo novos limites para os gestores públicos como apresentação de informações com novos prazos, publicação das informações orçamentárias a fim de garantir a transparência para a população, conforme (CASTRO, 2013, p. 5).

Neste sentido, foi editada a lei nº 10.180/01, que trata do ciclo da gestão pública: Planejamento, Orçamento, Finanças, Contabilidade e Auditoria (esta tratada na lei como Sistema de Controle Interno). Base da gestão administrativa, o controle e a auditoria internos assumem, portanto, caráter essencial para a gestão pública, ao mesmo tempo em que lidam com os números contidos nas demonstrações contábeis que poderão dar suporte aos atos praticados pelos dirigentes públicos.

Silva e Mário (2015), por sua vez, entendem que ao longo das mudanças que ocorrem na administração pública, esta necessita mudar a sua forma de atuação, buscando aprimoramento por meio de ferramentas que promovam a melhor gestão pública, as auditorias contábeis contribuem intimamente no gerenciamento dos recursos públicos, promovendo uma gestão pública eficiente, promovendo a qualidade na prestação dos serviços públicos.

De acordo com Araújo e Arruda (2004, p. 68), os princípios orçamentários são "fundamentos que normatizam a instituição orçamentária, proporcionando-lhe

consistência principalmente no que se refere ao controle pelo poder legislativo”. A presente obra visa servir de apoio a gestão pública, trata da utilização da auditoria em assuntos do dia a dia do gestor, com ênfase na prestação de contas sobre a gestão nas prestações de contas de convênios e nos demonstrativos relativos às leis nº 4.320\64 e 101\00(LRF) lei de responsabilidade fiscal, em que o papel da auditoria interna é fundamental.

Bem como traz os princípios básicos para a elaboração do orçamento, aparecendo como destaque os princípios de unidade, universalidade e anualidade, conforme estabelece o seu artigo 2º, “A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade”.

Conforme Conti e Carvalho (2011, p. 210), o controle interno tem a função de integrar o órgão a qual está vinculado, com autonomia para exercer livremente suas atribuições, que abrangem, em função da sua competência, a apuração de irregularidades, apontamento de falhas, orientação da atuação dos gestores e indicação das melhores práticas de gestão, o acompanhamento minucioso das finanças é basilar para que se tenha maior segurança no manuseio dos recursos públicos, em vista de sua grande importância para contribuir na eficiência e eficácia nos serviços prestados pelo Estado, além de estabelecer a boa-gestão, necessária para se alcançar a devida organização da administração pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que a Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos pelo Governo para a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito de todas as esferas e tem como principal objetivo, a prestação do serviço público em benefício da coletividade.

Neste sentido torna-se necessário que, a administração lance mão de todo o aparelhamento do Estado capacitado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades e o bem comum da coletividade administrada.

O estudo do controle interno na administração pública é imprescindível para alcançar uma gestão pública eficaz e eficiente que visa promover de fato o interesse público, evitando fraudes, desperdícios e desestruturação no setor público, sendo seu

papel fundamental em todos os níveis organizacionais da administração, avaliando as finanças o modelo de atuação operacional e corrigindo erros.

Um dos grandes desafios para o direito administrativo contemporâneo é quanto a atuação dos gestores públicos, onde estes devem buscar sempre pelo aprimoramento em suas atividades, a fim de se alcançar a eficiência e a eficácia nos serviços públicos.

Sendo assim, necessita de mecanismos para auxiliá-los. No entendimento acerca do conceito de administração pública para muitos doutrinadores que entendem que a Administração Pública permite a sua descrição, mas não permite sua definição, pode-se compreender que o foco da Administração Pública é produzir serviços, bens e utilidades para a população.

Se faz importante analisar as práticas de auditoria sobre as demonstrações contábeis dos entes públicos, pelos tribunais de contas das unidades federativas brasileiras, a auditoria governamental é fundamental para assegurar a correta evidenciação do patrimônio público e suas variações, desta forma, contribui para um maior conhecimento por parte da sociedade de maneira geral, sobre a gestão dos recursos e é dever dos tribunais de contas fiscalizar as ações dos gestores públicos defendendo o interesse público.

Espera-se que o conteúdo que foi apresentado seja um estímulo para que os gestores reflitam na forma como estão conduzindo a administração pública e com isso, criem mecanismos para a transformação a partir de ideais gerenciais que desenvolvam novas metodologias de trabalhos mais eficazes para garantir o bem comum.

A Constituição de 1988 fortaleceu a atividade de controle e estabeleceu a criação dos sistemas de controle interno e externo na atividade administrativa, dispondo que a administração pública seja ela direta ou indireta, deve dispor de órgãos e entidades que exerçam o controle dos atos do Estado para o fim de melhor prestar uma eficiente atividade estatal e o sistema de controle interno é instrumento imprescindível.

O controle interno tem a finalidade de apoiar na gestão pública e deve ser entendido de forma ampla, não podendo estar limitado apenas quanto aos aspectos financeiros e administrativos, mas também deve ser compreendido como um conjunto de ações e métodos que devem ser implementados dentro de um determinado órgão da administração pública, gerando nele uma verdadeira cultura de diafaneidade, permitindo, assim, que se façam comparações entre os resultados previstos e os efetivamente realizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rodrigo Eloy. **O controle interno como apoio à gestão dos órgãos públicos?: uma análise sob a perspectiva dos gestores federais**. 2016. 105 p. Dissertação (Mestrado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Economia) – IPEA, Brasília-DF, 2016, p. 105.

ARAUJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 117.

ARAUJO, Inaldo; ARRUDA, Daniel. **Contabilidade Pública: Da Teoria à Prática**. 1.Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de junho de 2021.

BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração pública municipal**. Curitiba: Juruá, 2007, p.11.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria e controle interno na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 70.

CONTI, CARVALHO. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. DPU Nº 37; SEÇÃO ESPECIAL; **TEORIAS E ESTUDOS CIENTÍFICOS** 2011, p. 210.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pag. 5-6;

Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 24-49.

INTOSAI. Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Comitê de Normas Profissionais. ISSAI 300: Princípios Fundamentais de Auditoria Operacional. **Princípios Fundamentais de Auditoria Operacional. 2016.** Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=PROCEDIMENTOS+DA+AUDITORIA+OPERACIONAL%2C+NO+SCIELO%2C+2013&oq=PROCEDIMENTOS+DA+AUDITORIA+OPERACIONAL%2C+NO+SCIELO%2C+2013&aqs=chrome..69i57.12631j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

JACOBSEN, Alessandra de Linhares. **Teorias da administração II** / Alessandra de Linhares Jacobsen, Luís Moretto Neto. – 2. Ed. Reimp. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2012, p.37.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94.

MENDEZ, CHRISTIAN ALCANTARA. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 29.

SÁ, Antônio Lopes de. **Curso de auditoria**. 10ªed. São Paulo: Atlas, 2002, p.

ACIONAMENTO PELO CIDADÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE JUSTIÇA ATRAVÉS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O CASO DOS DESASTRES AMBIENTAIS

JULIANA MATOS PEREIRA: Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), vinculada à pesquisa “O processo na construção de Estado Democrático de Direito”. Bacharelada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG)

RESUMO: O Brasil se comprometeu a prestação jurisdicional célere ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como ao prever o direito fundamental da duração razoável do processo em sua Carta Magna. Não obstante, o Estado falha na prevenção da tragédia ambiental e tarda para garantir os direitos daqueles que sofreram as tragédias ambientais, ressaltando os recentes desastres ambientais de Mariana/MG e Brumadinho/MG. Nesse sentido, este artigo pretende demonstrar a dificuldade do Brasil na prevenção das tragédias ambientais. Lado outro, o presente artigo almeja também demonstrar a conveniência do acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mesmo sem o esgotamento dos recursos internos na jurisdição brasileira, para resolver os conflitos envolvendo barragens minerárias.

PALAVRAS-CHAVE: Desastres ambientais. Mariana. Brumadinho. Trâmite processual demorado. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Duração razoável do processo.

ABSTRACT: Brazil has ratified American Convention on Human Rights and its Federal Constitution ensures a reasonable length of proceedings. Therefore, Brazil has made a commitment to provide a reasonable duration of the legal services. However, the State fails to prevent environmental tragedies and delays in guaranteeing the rights of its victims, such as the recent environmental disasters in the cities Mariana and Brumadinho (both in the States of Minas Gerais). Therefore, this scientific article aims to demonstrate how hard the environment risks prevention and the compensation for damages are in Brazil. Also, this article aims to demonstrate the intervention of Inter-American Commission on Human Rights is appropriate in this case, even without the exhaustion of domestic remedies to solve the mining dams problems.

KEYWORDS: Environmental tragedies. Mariana. Brumadinho. Slow process. Inter-american Commission on Human Rights. Reasonable duration of de legal services.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2 Direitos Humanos Violados nas tragédias ambientais ocorridas em Mariana/MG e Brumadinho/MG – 3. Inércia do Estado na prevenção dos desastres tecnológicos 4. Viabilidade da intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nos casos Mariana e Brumadinho - 4.1 Requisitos para apresentação da petição individual junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – 4.2 Exceção ao requisito de admissibilidade de esgotamento de recursos internos - 5 Demora no trânsito em julgado dos recursos internos no Brasil - 6 Duração razoável do processo - 7 Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos casos de demora injustificada no trânsito em julgado dos recursos internos - 8 Conclusão – Referências.

1. Introdução

Os desastres tecnológicos ocorridos em Mariana/MG e Brumadinho/MG decorrentes do rompimento das barragens de rejeitos geraram consequências brutais e irreversíveis aos atingidos e familiares destes, como perdas de vidas, perdas de moradias, perdas de histórias, perda de pertencimento, dentre outras.

Os direitos atingidos representam violação de direitos humanos, na medida em que são direitos relacionados à garantia de uma vida digna.

Embora os danos sejam variados, neste artigo, trataremos da violação de direitos humanos na perspectiva do direito de prevenção de danos das vítimas diretas e indiretas, não garantido pelo Estado Brasileiro aos cidadãos brasileiros.

Outrossim, abordaremos a demora das demasiadas ações individuais e coletivas ajuizadas por diversos legitimados para obtenção de reparação das vítimas.

Diante da demora na resolução dos conflitos pela jurisdição brasileira, possível o acionamento do Sistema Interamericano de Justiça através da Comissão Internacional de Direitos Humanos no caso envolvendo Mariana/MG e, possivelmente, no caso envolvendo Brumadinho/MG, muito embora os recursos internos no Brasil não tenham sido esgotados.

2. Direitos Humanos Violados nas tragédias ambientais ocorridas em Mariana/MG e Brumadinho/MG

Cinco de Novembro de 2015. Barragem da Mina Córrego do Fundão se rompe. Bento Rodrigues, Paracatu e Gesteira desaparecem com o mar de lama. Maior desastre socioambiental da história do país no setor da mineração. Lançamento de 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos no meio ambiente. Fauna e Flora dizimadas. Desalojamento de cidadãos. Dezenove vidas ceifadas. Histórias fulminadas. Sonhos destruídos.

Vinte e cinco de Janeiro de 2019. A história se repete. Lição não aprendida pelo Estado Brasileiro e pela mineradora Vale S/A. Rompimento da barragem da Mina Córrego

do Feijão. Avalanche de lama. Lançamento de 11,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos ao meio ambiente. Nenhum sinal de alerta à população. Duzentas e trinta e duas pessoas falecidas. Quarenta pessoas desaparecidas. Mortandade de animais e plantas.

Vinte e cinco de junho de 2019. Barão de Cocais. Iminência de rompimento da barragem da Mina Congo Soco. Quatrocentos e cinquenta pessoas foram obrigadas a evacuar do município. Cidadãos apreensivos. Municípes adoecem. Elevação do número de atendimentos médicos e psicológicos.

Dois desastres ambientais sequenciais ocorreram em menos de quatro anos (Mariana/MG e Brumadinho/MG).

Infelizmente, as vítimas de Mariana/MG e Brumadinho/MG não obtiveram informação de prevenção e auto-salvamento para que os danos sofridos fossem menores ou mesmo evitados.

Apesar da reparação dos danos ser o foco dos operadores do direito quando ocorre desastres ambientais, mister salientar que as pessoas residentes em área de risco, como nas áreas de desenvolvimento de atividade minerária, possuem direito à prevenção de danos.

Consoante Declaração dos princípios básicos de Justiça relativos às vítimas de criminalidade e de abuso de poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, item 4, alínea "b", os Estados membros devem "*incentivar os esforços coletivos e a participação dos cidadãos na prevenção do crime*", bem como, na alínea "e", "*promover a divulgação de informações que permitam aos cidadãos a fiscalização da conduta dos funcionários e das empresas e promover outros meios de acolher as preocupações dos cidadãos*".

Nessa perspectiva, o direito à prevenção relaciona-se diretamente com do direito à informação aos atingidos. A partir da informação prestada, a sociedade se torna mais consciente e o Estado dá chance à pessoa de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria. A informação ainda permite que os cidadãos possam agir perante a Administração Pública e o Poder Judiciário, na tentativa de prevenir eventuais futuros danos.

Esse direito à prevenção deve ser garantido pelo Estado, de diversas formas, como: conscientização sobre os riscos da atividade minerária, participação da população na tomada de decisões, informação a respeito do direito de se deslocar do local com a respectiva indenização e informações sobre rota de fuga no caso de desastres ambientais.

Trata-se de dimensão de direitos voltada para a prevenção dos desastres enquanto dimensão coletiva de liberdade.

3. Inércia do Estado na prevenção dos desastres tecnológicos

As tragédias ambientais ocorridas nas cidades de Mariana/MG e Brumadinho/MG representam desastres tecnológicos, consoante definição da Instrução Normativa nº 01/2012, artigo 7º, oriunda do Ministério de Integração Nacional, em contraposto ao desastre natural.

Segundo consta na sobredita norma, desastres naturais consistem em *"processos ou fenômenos naturais que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos."*

Lado outro, desastres tecnológicos são originados de condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas na infraestrutura ou atividades humanas específicas, que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.

Os desastres tecnológicos geram diversos danos às vítimas diretas e indiretas; todavia, neste artigo, pretende-se concentrar no direito à prevenção de danos pertencente aos atingidos dos desastres tecnológicos.

De início, destaca-se a inércia do Estado na promoção desse direito, vez que as potenciais vítimas não foram conscientizadas da possibilidade de rompimento das barragens de rejeitos minerários, não foram informadas sobre rotas de fugas, não tiveram a faculdade de se deslocar do local onde residiam (áreas de risco) mediante pagamento de indenização, não foram conscientizadas sobre a possibilidade de influir na tomada de decisões.

Consoante o doutrinador Paulo Afonso Leme Machado, a informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública, mas também de manifestação nos canais administrativos e judiciais.

Infelizmente, o Estado não garantiu o direito à prevenção de danos às vítimas do desastre tecnológico ocorrido em Mariana/MG. Transcorridos praticamente quatro anos do desastre de Mariana/MG, novo desastre tecnológico ocorreu em Brumadinho/MG, sendo certo que as vítimas sequer tinham conhecimento do referido direito.

Essa situação de desamparo do cidadão brasileiro, sobretudo no que se refere à garantia do direito de prevenção de danos, viabiliza o acionamento do Sistema

Interamericano de Justiça através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com a finalidade de impedir que direitos humanos sejam novamente infringidos pelo Estado e pelas empresas empresárias.

4. Viabilidade do acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nos casos Mariana e Brumadinho

4.1. Requisitos para apresentação da petição individual junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O peticionário necessita comprovar os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre os quais, cita-se alguns: a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de direitos humanos; o esgotamento dos recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo; eventual litispendência internacional, dentre outros (MONTERISI, 2009, p.)

No que concerne ao esgotamento dos recursos de jurisdição interna, o paradigma consiste em respeitar a soberania do Estado e permitir que este ente promova o direito nacional na proteção e efetivação dos direitos humanos.

Nesse sentido, a obrigatoriedade de esgotamento de recursos de jurisdição interna deve-se ao fato de o Direito Internacional ter sido criado subsidiariamente ao Direito interno dos Estados, conferindo aos Estados a oportunidade de reparar a violação do direito humano através de seu sistema normativo interno. Portanto, o objetivo primordial do Direito internacional é fortalecer o direito nacional como meio de garantia dos direitos humanos (PIOVESAN; GOMES, 2000, p. 72).

Partindo desta premissa, o cidadão brasileiro, vítima de desastres ambientais nas cidades de Mariana/MG e Brumadinho/MG, deveria percorrer todas as vias administrativas e judiciais previstas no sistema jurídico nacional antes de acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para proteção dos seus direitos humanos infringidos pelo Estado.

Felizmente, a previsão normativa contida no artigo 46.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a jurisprudência internacional, prevê exceções à regra do esgotamento dos recursos internos para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que passamos a descrever no tópico seguinte.

4.2. Exceção ao requisito de admissibilidade de esgotamento de recursos internos

Embora a regra seja o direito nacional proteger e reparar os direitos humanos violados, exceções permitem o cidadão denunciar o Estado à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos em razão da inexistência de recursos adequados e efetivos no Ordenamento Jurídico interno.

Segundo Flávia Piovesan, por recursos adequados, a Corte Interamericana estabeleceu como sendo os recursos idôneos para proteger a situação jurídica infringida. Por recursos efetivos, a Corte estabeleceu que são recursos capazes de produzir o resultado para que foram concebidos e que responsabilizem as autoridades responsáveis, sem que representem situação de risco para os interessados pela condução imparcial pelas mesmas autoridades. Desta forma, não basta a existência dentro do aparato normativo interno de recursos meramente formais. Os recursos internos devem ser eficazes na reparação das violações de direitos humanos (PIOVESAN, 2000, p. 73).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 46, §2º, prevê as exceções ao esgotamento de recursos internos, a saber: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

O caso Mariana/MG ocorrido em 2015 demonstrou total descaso com o direito de prevenção das vítimas diretas e indiretas. Os atingidos não foram conscientizados previamente da possibilidade de rompimento das barragens de rejeitos minerários, não foram informados previamente sobre rotas de fugas, não tiveram a faculdade de se deslocar do local onde residiam (áreas de risco) mediante pagamento de indenização, não foram conscientizadas sobre a possibilidade influir na tomada de decisões a respeito do meio ambiente.

Não obstante o caso Mariana/MG, novo desastre tecnológico se repetiu no caso Brumadinho/MG, na data de 25 de janeiro de 2019. Mais uma vez, não houve garantia do direito de prevenção dos cidadãos de Brumadinho/MG. Mais vidas se perderam.

Devemos aguardar a ocorrência de outras tragédias, como a eminente tragédia de Barão de Cocais, para afirmar que o Estado brasileiro não previne os desastres tecnológicos e, muito menos, não garante o direito de prevenção dos cidadãos brasileiros?

5. Demora no trânsito em julgado dos recursos internos no Brasil

É público e notório que o Brasil não priva pela duração razoável do processo na resolução dos conflitos jurisdicionais. De uma forma geral, vislumbramos demoras

injustificadas no processamento e julgamento das lides, decretações de prescrições e sensação de impunidade na sociedade.

Em relação ao desastre tecnológico de Mariana/MG, várias ações individuais e coletivas foram ajuizadas, porém delongas processuais vêm se impondo.

A título de exemplo, citemos o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) sob o nº 1126962-87.2018.8.13.0000, instaurado a pedido da Samarco Mineração S/A. Referido instrumento gerou a suspensão indeterminada de cinquenta mil ações individuais de indenização por dano moral impetradas nas comarcas que tiveram suspenso o abastecimento de água em razão do rompimento da barragem de rejeitos de Mariana.

Citamos também a ação civil pública sob o nº 0400.15.004.335-6, que assegurou casas alugadas pelas empresas para as famílias desabrigadas, até três meses após a conclusão dos reassentamentos, bem como assegurou o ressarcimento de aluguel para as famílias que preferiram não ficar em casas alugadas pela Samarco.

Segundo divulgado no site do Ministério Público de Minas Gerais, as empresas se comprometeram a finalizar o reassentamento das vítimas do rompimento da barragem de Mariana no mês de março de 2019, o que não ocorreu. Em razão disso, as mineradoras terão até 27 de agosto de 2020 para proporcionar moradia a mais de 300 famílias que residiam nas comunidades de Bento Rodrigues, Paracatu de Cima, Paracatu de Baixo, Ponte do Gama, Pedras, Borba, Camargos e Campinas. Todas atingidas pela tragédia.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus artigos 7,5 e 8º, prevê que todo indivíduo tem direito de ser julgado dentro de um prazo razoável.

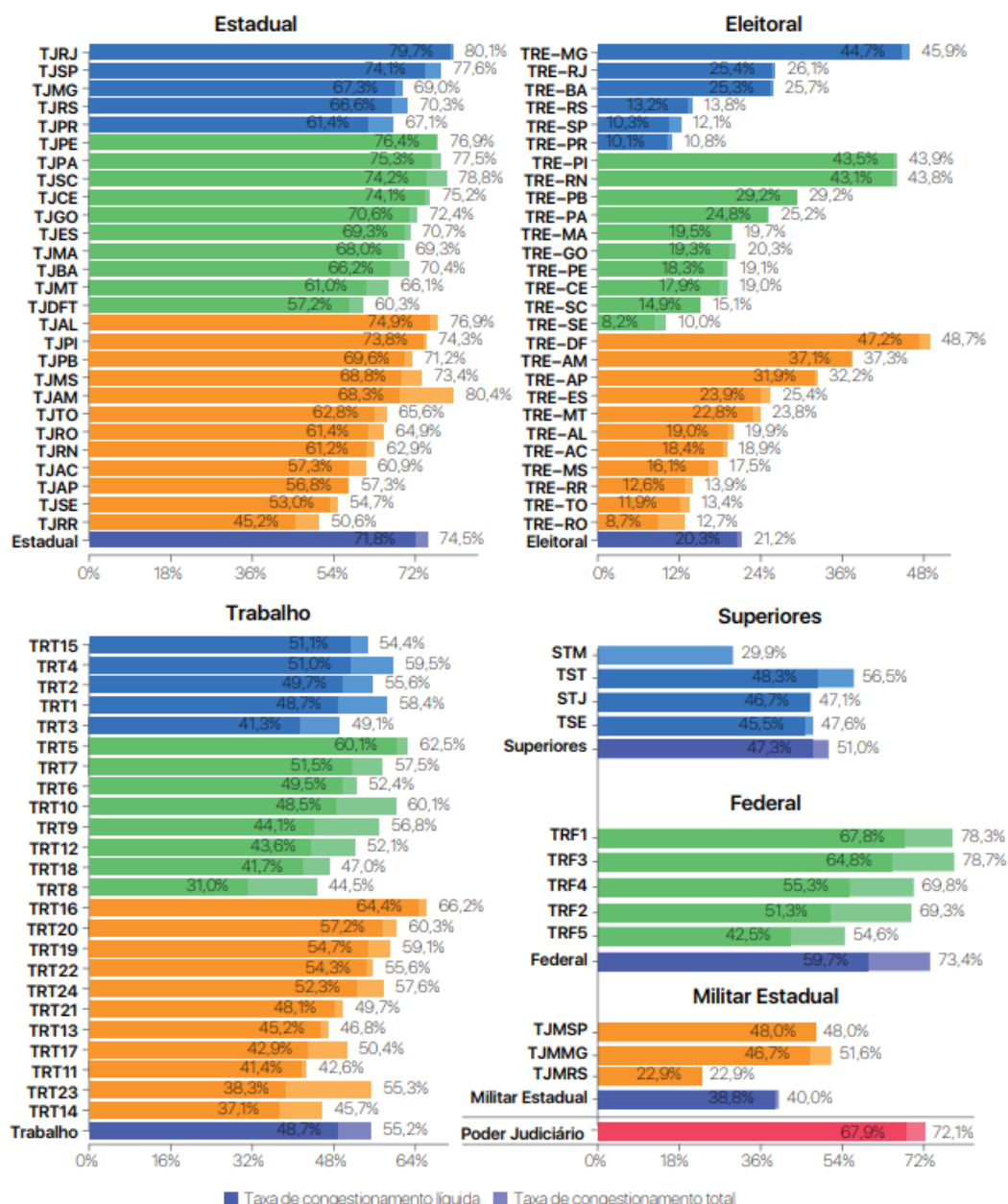
De mais a mais, a nossa Carta Magna prevê no seu artigo 5º, inciso LXXVIII, dispõe sobre a duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão.

Embora referidas previsões legais, dados apresentados pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2014 demonstram que quase metade das reclamações dos cidadãos perante a Ouvidoria do órgão se refere à morosidade processual.

Outrossim, dados do Relatório Justiça, divulgado pelo Conselho Nacional da Justiça, demonstram que a taxa de congestionamento do judiciário, em 2013, foi de 70,9%. Melhor explicando, de cada 100 feitos que tramitaram na justiça no período, apenas 29 foram baixados.

Abaixo, seguem tabelas constantes no Relatório de Justiça em número 2018 elaborada pelo conselho Nacional de Justiça, demonstrando a taxa de congestionamento total e líquida referente ao ano de 2017.

Figura 66: Taxa de congestionamento total e líquida, por tribunal, em 2017



Na oportunidade, segue a definição de taxa de congestionamento total e líquida estabelecida no próprio estudo:

A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total

tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

Os dados apresentados demonstram taxa de congestionamento elevada nos tribunais estaduais e federais, o que nos leva à conclusão da ocorrência da “justiça tardia”, ou seja, o cidadão não tem uma rápida resposta do sistema judiciário a respeito do seu conflito.

As ações individuais e coletivas, em sua maioria, tramitam no âmbito da Justiça Estadual. A partir dos dados acima, verifica-se que o Estado brasileiro não tem condições de dar uma resposta rápida aos cidadãos vítimas de desastres ambientais em Mariana e Brumadinho, registrando que, desde o desastre de Mariana/MG, já se passaram aproximadamente quatro anos e até o presente momento não houve reassentamento das vítimas.

6. Duração razoável do processo

A duração razoável do processo encontra-se prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8º, bem como na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LXXVIII, como direito fundamental do cidadão.

Entretanto, público e notório a morosidade judiciária na resolução dos conflitos, a alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário e descumprimento das normas que dispõem a respeito da duração razoável do processo. Evidente também a ineficácia do Estado na garantia do direito de prevenção de danos das vítimas, bem como na reparação dos danos sofridos pelas vítimas diretas e indiretas.

Neste tópico, mister diferenciar o tempo cronológico de tempo kairológico. O tempo cronológico é o tempo medido pela soma dos prazos previstos para realização dos atos processuais. Por sua vez, o tempo kairológico se mede pelo tempo dispendido para realização do ato processual de acordo com cada caso concreto, assegurando as garantias processuais. Nesse sentido, o tempo processual adquire aspecto kairológico (BARROS, 2013, p. 55) apud (BARROS, MEDRADO, SILVA, 2018, p. 38).

Lado outro, não se pode confundir tempo processual com “tempo morto”, entendido como aquela parte do tempo em que nada acontece (COUTINHO, 2015, p. 106) apud (BARROS, MEDRADO, SILVA, 2018, p. 38).

Como cediço, não há possibilidade de adotar a teoria do prazo fixo, em contraponto à teoria do não-prazo, pois cada processo tem as suas peculiaridades, sendo certo que o tempo variará de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

São quatro os critérios utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para fixação da razoabilidade da duração do processo, quais sejam: complexidade do caso, atividade processual do interessado, conduta das autoridades, consequências decorrentes da demora (COUTINHO, 2014, P. 10) apud (BARROS, MEDRADO, SILVA, 2018, p. 40).

Nesse sentido, entende-se que a duração razoável do processo possui aspecto kairológico e pode ser definido como o tempo necessário e devido para o deslinde da ação com observância das garantias processuais, sem dilações indevidas.

7. Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos casos de demora injustificada no trânsito em julgado dos recursos internos

Casos julgados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos acolheram a justificativa de duração razoável do processo para não exigir o esgotamento dos recursos internos na jurisdição brasileira.

O caso envolvendo o pedido de restituição internacional dos filhos pelo argentino Alejandro Daniel Esteves junto à Comissão Internacional de Direitos Humanos demonstra o reconhecimento por esse órgão da demora injustificada da jurisdição brasileira na resolução das controvérsias.

Segundo consta nos autos que tramitam perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o argentino Alejandro, sua esposa e seus dois filhos vieram ao Brasil para passar férias. Por questões profissionais, o argentino, pai das crianças, teve que retornar a Argentina, sendo certo que sua esposa resolveu unilateralmente firmar residência no Brasil e reteve ilegalmente seus filhos.

Em razão disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pelo argentino Alejandro em face do Estado Brasileiro em razão da demora injustificada no trâmite processual tanto em primeira instância quanto em segunda instância do feito relativo à restituição internacional dos filhos menores.

Na oportunidade, a CIDH declarou que o Estado brasileiro foi moroso no julgamento da ação de restituição internacional dos filhos menores, pois observaram que transcorreram mais de 8 (oito) anos desde o início do processo de restituição internacional. Afirmou ainda que a Justiça Federal demorou mais de um ano e meio para emitir uma sentença de primeira instância e, após, demorou também outro ano e meio para elevar o recurso de apelação interpostos contar a mencionada sentença.

Em razão disso e havendo necessidade de proteção do direito humano violado, a CIDH entendeu pela aplicação da exceção ao esgotamento dos recursos internos no âmbito da jurisdição brasileira, em atenção ao artigo 46.2.c da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Outrossim, convém registrar o emblemático caso 12.051 relativo à Maria da Penha X Brasil em que a Comissão de Direitos Humanos anunciou a lentidão da Justiça brasileira e aplicou a exceção ao esgotamento dos recursos internos, a saber:

Com maior razão, porém, a Comissão considera conveniente aqui o fato incontestado de que a justiça brasileira esteve mais de 15 anos sem proferir sentença definitiva neste caso e de que o processo se encontra, desde 1997, à espera da decisão do segundo recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A esse respeito, a Comissão considera, ademais, que houve atraso injustificado na tramitação da denúncia, atraso que se agrava pelo fato de que pode acarretar a prescrição do delito e, por conseguinte, a impunidade definitiva do perpetrador e a impossibilidade de ressarcimento da vítima, conseqüentemente podendo ser também aplicada a exceção prevista no artigo 42(2)(C) da Convenção.

Nessa toada, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem reconhecendo a possibilidade de sua intervenção, mesmo sem o esgotamento dos recursos de jurisdição interna, nos casos em que há demora injustificada na resposta do Poder Judiciário.

8. Conclusão

Infelizmente, o Estado brasileiro falha na prevenção das tragédias ambientais, bem como na garantia do direito de prevenção de danos às potenciais vítimas de desastres tecnológicos.

Ademais, a taxa de congestionamento elevada nos tribunais estaduais e federais demonstra que o Poder Judiciário não vem atendendo o jurisdicionado com a devida duração razoável do processo.

O esgotamento dos recursos de jurisdição interna para a possibilidade de acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não merece prosperar, pois o Brasil não dispõe de recursos efetivos para resolução da lide envolvendo rompimento de barragens de rejeitos.

Enfim, o Estado brasileiro não tem condições de resolver a questão das barragens de rejeitos, seja em sua prevenção, seja na reparação das vítimas.

Portanto, viabiliza-se o acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nos casos Mariana/MG e Brumadinho/MG para impedir novas violações de direitos humanos.

Referências bibliográficas

BARROS, Flaviane de Magalhães; MEDRADO, Isabela de Oliveira; SILVA, Priscilla. Convencionalidade e sistema de justiça. **O trâmite de petições na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: um estudo sobre a duração razoável do processo nos juízo de admissibilidade e mérito.** Florianópolis, 2018, p. 38 a 40.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm: Acesso em 23 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos:** assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da comissão interamericana de Direitos Humanos:** aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado em 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. E modificado em 02 de setembro de 2011 e em seu 147º período de sessões, celebrado de 08 a 22 de março de 2013 para sua entrada em vigor em 01 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 173/11, petição nº 897-04.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/cidh-argentino.pdf> . Acesso em 26 jun 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01. Caso 12.051.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000_port/12051.htm Acesso em 26 jun 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126->

[morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj](#): Acesso em 17 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção de direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 72.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Instrução normativa 01 de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.ebah.com.br/content/ABAAAFVBsAA/instrucao-normativa-01-24-agosto-2012>. Acesso em 24 jun 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/justica-estipula-2020-como-prazo-final-para-o-reassentamento-das-familias-atingidas-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco.htm> Acesso: 20 jul 2019.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos princípios básicos de Justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclPrincBasJusVitCrimAbuPod.html> Acesso em 20 jul 2019.

MACHADO. Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, p. 125.

A CRIAÇÃO LITERÁRIA E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA HIDRA DE LERNA

SARAH LOPES DE ARAÚJO FREITAS: Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO, Pós Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, Especialista em Direito Administrativo pela UCAM, Advogada.

Resumo: O presente artigo pretende tratar de um debate acerca da liberdade de expressão e o discurso de ódio, a partir da análise de um julgamento concreto empreendido pelo Supremo Tribunal de Federal no início do século XXI, envolvendo o antissemitismo como forma de racismo. Do entendimento fático e jurídico que motivaram o resultado final desse julgado, empreender-se-á uma leitura e discussão sobre os limites (in)visíveis traçados entre a licença poética das obras literárias e a possível apologia ao crime que dela, muitas vezes, se disfarça. Ver-se-á como o precedente judicial prolatado pela Suprema Corte influenciou, juridicamente, o olhar crítico de casos análogos. E, por fim, será posta em cheque a opinião desta articulista sobre a temática abordada.

Palavras chave: Antissemitismo. Racismo. Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Direitos Fundamentais.

Abstract: This article intends to deal with a debate about freedom of expression and hate speech, based on the analysis of a concret judgment undertaken by the Supreme Court at the beginning of the 21st century. From the factual and legal understanding that motivated the final result of this judgment, a reading and discussion will be undertaken on the (in) visible limits drawn between the poetic license of literary works and the apology to the crime that, many times, it disguise. It will be seen how the judicial precedent given by the Supreme Court influenced, legally, the critical view of analogous cases. And, finally, the opinion of this writer on the subject will be questioned.

Keywords: Ellwanger Case. Freedom of Expression. Hate Speech. Fundamental Rights.

Sumário: 1.Introdução. 2. Caso Ellwanger: Nos Bastidores do Julgamento do Século. 3. Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Democracia: As Três Parte de uma Quimera. 4. Entre a Defesa de uma Ideologia e a Apologia ao Crime: Direitos Fundamentais em Rota de Colisão. 5. A Repercussão Jurídica do Caso Ellwanger na Jurisprudência Atual: Um Romance em Cadeia. 6.Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo em tela será elaborado por meio de um método de abordagem indutivo, eis que partiremos da observação de um caso concreto, o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424, para chegarmos à conclusão geral sobre a raiz da problemática abordada no litígio, que o transcende e perfaz como indicador de qual caminho percorrer quando diante do entrave entre direitos fundamentais inscrito na Carta Magna.

O tema em si, em que pese possa ser sintetizado pelas expressões “discurso de ódio” e liberdade de expressão”, vai além muito delas, colocando em pauta que tipo de democracia que se constrói no cenário brasileiro, suas nuances entre o livre arbítrio concedido pelo caput e incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁹ e a ameaça de que aquele, sem mecanismo de freio, venha a ensejar a criação de um regime totalitário. Este, conforme veremos, mais a frente, caracteriza-se pela autoridade que as leis positivas recebem para sua legitimidade final, e está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza.

O motivo da escolha de um assunto central que se origina na ocorrência ou não de práticas voltadas ao antissemitismo, e deságua na judicialização do que seria considerado um atentado ao próprio Estado Democrático de Direito, vem a ser a relevância que tal prática assume quando realizamos, atualmente, uma leitura da nossa Constituição. Como esta deve ser lida? Que método de interpretação melhor se coaduna com os Princípios, objetivos e direitos fundamentais nela positivados? Em que pese vivamos no sobredito Estado Democrático de Direito veremos que, não raro, adentramos a uma zona cinzenta quando debruçados sobre o tripé “liberdade de expressão”, “discurso de ódio” e “democracia”.

Destarte, utilizando-se dos métodos procedimentais de estudo de caso e bibliográfico, abordaremos o antissemitismo em território nacional, com o posterior enfrentamento dos aspectos doutrinários do tripé supracitado, seguido da divisão e (re) solução no que toca à colisão entre os direitos fundamentais em contenda, para, ao final,

59 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: (...)IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

veremos como posiciona-se, hoje, a Corte Maior do país. Por fim, serão feitos os apontamentos próprios da articulista, cuja pretensão, desde já consigna, não é ser taxativa ou esgotar a matéria.

2. CASO ELLWANGER: NOS BASTIDORES DO JULGAMENTO DO SÉCULO

Ponto de partida deste trabalho veremos, em breve síntese, os fatos e os fundamentos jurídicos que embasaram o emblemático Caso Ellwanger, o qual veio, nos anos supervenientes à sua finalização, ditar paradigmas sobre o objeto discutido na lide. Adentremos, pois, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424, realizado em 17 de Setembro de 2003.

Siegfrid Ellwanger foi um autor e editor gaúcho responsável pela publicação e comercialização de diversos livros que continham hostilidade aos judeus, sobressalta, dentre eles, a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”, de autoria própria daquele, publicado sob o pseudônimo de S. E. Castan. O cerne da obra em conjunto com as demais publicadas, as quais seguem a mesma linha, repousa no negacionismo da existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração é apresentado como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia.

Ante tais fatos, foi instaurada ação penal pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, na qual denunciado o autor e editor como incurso na prática do crime descrito no artigo 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90. Em primeira instância, fora proferida sentença de absolvição do réu, ao argumento de que os textos não incitavam ou induziam a discriminação ética do povo judeu. No entanto, houve reforma do julgado, em sede de apelação, por entender o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ter havido discriminação racial e que a intenção única do apelado era propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chegava às raias do fanatismo, sendo, portanto, imposta a condenação do réu à pena de dois anos de reclusão. Restou consignado, ainda, tratar-se de crime imprescritível, por configurar a prática de racismo, consoante inciso XLII do artigo 5 da CRFB/88.60 Impetrado *habeas corpus* contra a condenação retro perante o E. Superior Tribunal de Justiça, este a manteve, sob o fundamento de inexistência de ilegalidade

60 “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

naquela, reforçando a imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal no delito em que tipificado o paciente.

Chegando a matéria para deslinde na Suprema Corte, por meio de novo *habeas corpus* impetrado pelo paciente, sob o argumento de impossibilidade de incidência da imprescritibilidade do crime de racismo às condutas perpetradas pelo paciente, pois, em sua defesa, de racismo não se tratava, a Corte Maior decidiu, por maioria de 7 votos a 3, pela manutenção da condenação de Siegfried Ellwanger no crime de racismo, e a consequente imprescritibilidade que o acompanha.

Inúmeras foram as abordagens para se atingir a decisão final, porém nos restringiremos, aqui, àquelas que nos direcionam para os tópicos posteriores.

De plano, ficou registrado que o racismo, para fins de definição legal, deve ser visto como uma prática que não se resume apenas em noções antropológicas ou sociológicas, mas vai além disso, sendo visto como o segregacionismo cultural e sociológico que visa além um controle ideológico de dominação política e subjugação social, ao menosprezar, humilhar, rebaixar determinada classe ou grupo de pessoas.

Dito isso, interessante apontarmos que foi bastante frisado o ponto de não ter havido qualquer violação à liberdade de expressão e pensamento, porque garantias constitucionais como o são, não gozam de caráter absoluto, e quando colidentes com uma prática vedada pelo próprio texto constitucional, não podem servir de justificativa para exclusão de ilícitos.

Destarte, sob a égide do Princípio da Proporcionalidade, do método da concordância prática e de uma interpretação teleológica sistemática realizada pelos Ministros julgadores, concluiu-se que os postulados da Igualdade e da Dignidade Pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Uma vez levantadas as cortinas do julgamento que tratou, por primeira vez, no cenário brasileiro, do chamado discurso de ódio, passemos, então, a verificar como identificá-lo e coibi-lo no contexto das liberdades democráticas.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E DEMOCRACIA: AS TRÊS PARTES DE UMA QUIMERA

Cumpra esclarecermos, desde já, para fins de informação e contextualização, o significado do termo “quimera” utilizado na titulação do tópico em voga. Na mitologia grega, a quimera era um ser formado por três partes, quais sejam, a cabeça de um leão, o corpo de uma cabra e a calda de uma serpente. Com o passar do tempo, o termo “quimera” foi sendo usado para denominar a combinação de elementos incongruentes ou a representação de algo utópico.

O discurso de ódio, embora acima abordado na perspectiva do antissemitismo, caminha por variadas formas, graus e pensamentos. O medo do outro, do ser humano “diferente”, e a desconfiança levam à discriminação que se expressa pelo discurso do ódio, ou *hate speech*, na doutrina norte americana. A dizer, o discurso de ódio vem a ser uma manifestação de intolerância e agressividade, de raiz ideológica, que tem como alvo classe ou grupos minoritários. A título de exemplo vejamos o caso esposado no tópico anterior.

Embora o discurso de ódio não esteja expressamente descrito na Constituição Federal de 1988, nela podemos observar diversos mecanismos que o blindam, como, por exemplo, os já mencionados incisos IV e XLII do artigo 5º daquela, assim como quando preceitua, em seu artigo 3, IV, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. (BRASIL, 1988).

Podemos afirmar, portanto, que o discurso de ódio é uma realidade intrínseca ao nosso cotidiano, como, abaixo, podemos ver no caso brasileiro envolvendo a jornalista e apresentadora Rachel Scheherazade, a qual entoou um discurso polêmico e raivoso defendendo os “vingadores” que espancaram e amarram um jovem nu preso pelo pescoço através de uma trava de bicicleta a um poste no Rio de Janeiro, afirmando que:

“No país que ostenta incríveis 26 assassinatos a cada 100 mil habitantes, que arquiva mais de 80% de inquéritos de homicídio e sofre de violência endêmica, a atitude dos vingadores é até compreensível. O Estado é omissivo, a polícia é desmoralizada, a Justiça é falha. O que resta ao cidadão de bem que, ainda por cima, foi desarmado? Se defender, é claro. (...) O contra-ataque aos bandidos é o que chamo de legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado contra um estado de violência sem limite. E, aos defensores dos Direitos Humanos, que se apiedaram do

marginalzinho preso ao poste, eu lanço uma campanha: faça um favor ao Brasil, adote um bandido. ”

Agora que sedimentada de que discursos de ódio se disseminam cada vez mais, seja via literatura como no caso Ellwanger, seja pela mídia, a pergunta que se faz é como identificar um discurso de ódio?

Para tanto, adotaremos a doutrina norte americana, em um cotejo analítico entre as posições do juiz Learned Hand e do autor Cass Sustein, na obra deste intitulada #Republic, aplicando o chamado “teste de perigo claro e presente”. O referido termômetro para se verificar o discurso de ódio consiste na vedação de proibição de censura às manifestações de pensamentos, a menos que estas gozem de perigo claro e iminente. Na posição tomada por Learned Hand, este rejeitada no aludido teste, por considerar que o princípio da liberdade de expressão simplesmente não protegia a incitação explícita ou direta à violência, mesmo que nenhum perigo fosse iminente. A sugestão de Hand era de que a mera sugestão de um ato possível preconceituoso/discriminatório/violento estaria resguarda pela Constituição, porém acaso houvesse a explicitação expressa dessa prática, seria passível de censura/punição, sem proteção constitucional.

Lado outro, Sustein aduz que o ideal seria o balanceamento da abordagem de Hand no sentido de que se, e somente se, as pessoas estiverem explicitamente incitando a violência, clamando-a sem ambiguidade, seu discurso não mereceria proteção, quando, e somente quando, produzisse um sério risco à segurança pública, iminente ou não.

Filiamo-nos, aqui, a posição de Cass Sustein, uma vez que o grau de subjetividade do discurso quando realizado um juízo de valor por terceiro vem ser muito alto. Logo, há que se ter em mente a diferença entre a censura, vedada pelo nosso legislador constituinte, e a proteção dos direitos fundamentais, sob pena de correremos o risco de vetar e judicializar opiniões contrárias às nossas, e, assim, propagar e incrementar a segregação criada pelo discurso de ódio.

Nesse passo, é plausível afirmarmos que o discurso de ódio, embora por natureza divergente, pode existir numa democracia, sem a ela sobrepor-se. Isso porque o discurso origina-se literalmente do exercício da liberdade de expressão, garantida constitucionalmente a todos. Inclusive, a própria liberdade de expressão é corolário direto da democracia brasileira, a qual assegura o livre arbítrio/liberdade como regra geral a todos no território nacional.

Segundo Chequer (2011, p. 17), a liberdade de expressão em sentido amplo é justificada por vários motivos que podem ser encontrados em duas grandes categorias. Ela teria uma importância instrumental, como um meio para a realização de um fim, na primeira categoria, e na segunda, seria importante não só pelas consequências que trouxesse, mas por sua essência. Em sentido estrito, a liberdade de expressão "por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada à verdade" (REVEL apud CHEQUER, 2011, p. 12).

Cumpramos esmiuçar o que seria expressão e pensamento, sendo este uma derivação daquela. O ato de pensar é algo pessoal, íntimo e literalmente ocorrido na mente do ser humano, daí não passível de punição o simples pensamento ou ideia, sob pena de punir-se o ser humano por ser literalmente humano. Diferente é o caso quando o pensamento se exterioriza nas diferentes formas já vistas acima, como através de escritos, palavras e afins. Nisso entram os limites da liberdade de expressão, a qual demanda contenção quando invadida a esfera de proteção de outros direitos fundamentais, resguardados constitucional e infra constitucionalmente.

Destarte, a despeito de aderirmos à formulada mitigada de Cass Sustein acerca da punição do discurso de ódio, não podemos deixar de nos questionar: se não existe uma verdade universal e absoluta e todos são livres para expressarem-se, como dosar até onde o exercício da liberdade de expressão, em uma democracia, pode afetar o outro? É possível esboçar uma linha entre o direito de se expressar e o dever de não atingir o outro?

Pensamos que estas perguntas remanescem sem respostas exatas, sendo a liberdade de expressão, a democracia e o discurso de ódio conceitos opostos que se atraem formando um poder inerente à sociedade, nas suas práticas sociais rotineiras, que influenciam diretamente à evolução. Porém, conquanto aceitemos essa quimera, não nos esquivamos de tentar sair da rota de colisão criada por ela, logo abaixo.

4. ENTRE A DEFESA DE UMA IDEOLOGIA E A APOLOGIA AO CRIME: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROTA DE COLISÃO

Os direitos fundamentais eram absolutos e ilimitados até o século XVIII, tendo como base o Direito Natural pregado por John Locke, exercendo o Estado, papel apenas garantidor. Dentro dessa lógica contratualista, temos que o Direito da Natureza, muitas vezes usado para fundamentar a instituição de regimes autoritários, ditatoriais e totalitários, seria a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. (HOBBS, 2003, p. 112)

Não de outra maneira, Thomas Hobbes define o Estado de Natureza como a guerra de todos contra todos, sendo nele o homem o lobo do homem. Ora, certo é que enquanto perdurado o Estado e Direito da Natureza não poderia haver para nenhum homem a segurança e paz necessárias para viver. Nesta esteira, surge o contrato social, pelo qual o homem concordaria junto a seus semelhantes em colocar o poder de decisão e regulação da coletividade nas mãos de uma entidade, com o fim de manterem-se em pé de igualdade, porém também passíveis de punição, diante da transgressão das normas por aquela instituída. Tal entidade viria ser chamada por Hobbes de Leviatã, o qual por sua figura mitológica representaria o Estado nascente.

É este Estado que, ultrapassando séculos de história, nos remete à interpretação evolutiva e histórica do nosso ordenamento jurídico, encabeçado pela Constituição de 1988. Sendo desde 1824 a Constituição o maior diploma jurídico, para o qual todas as legislações devem convergir, forçoso entender como aquela merece ser interpretada.

Para tanto, propomos aqui a adoção da leitura moral da Constituição trazida por Ronald Dworkin, o qual assevera que a leitura moral dispõe que todos nós - juízes, advogados e cidadãos - interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a Princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p.2). Indo contrariamente à corrente interpretativista da Constituição, a qual reza que o intérprete, mas, principalmente, os juízes, ao interpretar a Constituição, devem se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos ou, pelo menos, tidos como claramente implícitos (textura semântica), a leitura moral melhor converge com os adeptos do não interpretativismo, os quais pregam mais pela concretização dos direitos consagrados no texto constitucional que por sua interpretação formalista. Princípios de justiça, de liberdade e igualdade deveriam falar mais alto, compondo o "projeto" constitucional de uma sociedade que se preze democrática, ao invés de uma subserviência cega a uma leitura redutora do princípio democrático.

Nesse trilhar não poderia, por exemplo, o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal ser interpretado sem olvidar os Princípios e objetivos fundamentais, a própria normatização infraconstitucional dada pela Lei 7.716/89, além da conceituação fornecida pela doutrina nacional e alienígena sobre o termo "racismo".

O risco de esvaziamento dos direitos fundamentais, acaso interpretados isoladamente, comprometeria o Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o qual significa:

“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”

Tendo em vista o postulado normativo supra, convém-nos admitir, como já moldado pelo presente trabalho, que os direitos fundamentais podem entrar em aparente conflito em certas situações. Aparente porque a solução encontra-se abraçada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência ao depararem-se com esse cenário. A rota de colisão mencionada no título deste tópico se dissolve pela preponderância do direito fundamental mais adequado ao caso concreto, por meio de um sopesamento entre todos os direitos envolvidos, quedando-se dominante aquele que melhor se adequa à proteção do postulado maior da dignidade da pessoa humana. A isso denominamos de Princípio de harmonização constitucional, o qual vai ao encontro da postura não interpretativista por nós defendida neste artigo, quando não dito ao interprete como agir.

Percebemos, assim, que a leitura moral é mais um componente dessa suposta “Caixa de Pandora” que gerou intensos debates no mundo jurídico: quando o exercício de um direito se torna um crime?

Ainda que para definir com precisão essa ocorrência nos seja difícil dizer, resta certo que, uma vez configurada a colisão, a solução não é outra senão a ponderação entre os direitos fundamentais despontados no caso. Para além disso, afirmamos que a Constituição merece ser interpretada por meio do método científico espiritual, desenvolvido por Carl Friedrich Rudolf Smend, para quem há uma ordem de valores e um sistema cultural que precedem o texto constitucional, os quais devem ser o objeto maior de proteção do intérprete. Para Smend, a Constituição é caracterizada como um “processo de integração”, em consonância com a dinâmica da sociedade. Assim, o melhor significado e alcance atribuído à norma constitucional será aquele que, no caso concreto enfrentado, melhor privilegia os valores do povo que conferem legitimidade à sua Carta Magna.

Por consequência do acima exposto, nos cabe dizer que a controvérsia entre os direitos fundamentais num mesmo caso concreto, encontra sua tábua de salvação na

doutrina, já agasalhada pela jurisprudência, como pudemos ver na narrativa do caso Ellwanger.

Desta feita, contemplaremos como o precedente gerado no *habeas corpus* que semeou este artigo influenciou nas jurisprudências seguintes.

5. A REPERCUSSÃO JURÍDICA DO CASO ELLWANGER NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL: UM ROMANCE EM CADEIA

Neste tópico, iremos transcrever dois precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que abordam a temática da liberdade de expressão e sua extrapolação para o crime de racismo, e qual fora a posição desta Corte em cada um deles.

Abaixo, vejamos um julgado do ano de 2016:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se reconhece a inépcia da denúncia na hipótese em que a tese acusatória é descrita com nitidez e o acusado pode insurgir-se, com paridade de armas, contra o conteúdo veiculado por meio da respectiva peça acusatória. 2. **Nos termos da jurisprudência do STF, “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características político-sociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e**

que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias. 3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. 5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. 6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável. 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais. 8. **Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no**

cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente. ” (grifei)

Da ementa do julgado supra podemos ver que o Supremo Tribunal Federal entendeu que é possível a condenação de um líder religioso por discurso de ódio proferido contra outras religiões, porém, há a ressalva de que dependerá do caso concreto, ou seja, das palavras que foram proferidas e da intenção do líder religioso de suprimir ou reduzir a dignidade daquele que é diferente de si. Desse modo, não é qualquer crítica de um líder religioso a outras religiões que configurará o crime de racismo. Por conta disso, a Suprema Corte entendeu pela absolvição do réu no caso em tela, ante a falta de dolo na imputação.

Noutra banda, o próprio Supremo quando se deparou com novo caso de incitação ao ódio por líder religioso, proferiu diverso julgamento, no ano de 2018:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. Inexiste violação do princípio da correlação quando há relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos que levaram ao provimento do pedido da condenação. O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa. **Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um**

é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito. Como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado recorrido, a conduta do paciente não consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente”. Recurso ordinário não provido. “ (grifei)

Interessante apontarmos que em ambos os julgados vemos o Supremo bebendo da fonte do Caso Ellwanger, inclusive, para fundamentar a condenação do julgamento supra, o Eminentíssimo Ministro Relator Luiz Edson Fachin assim o disse:

“ No cognominado caso Ellwanger, o Tribunal enfrentou a questão atinente à imprescritibilidade de suposta conduta preconceituosa voltada à comunidade judaica. Na ocasião, assentou-se que *“com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana”*, de modo que ***“a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social.”*** (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, *grifei*).”

Por arremate, embora sejam divergentes os entendimentos nos julgados transcritos alhures, vemos que o Supremo Tribunal Federal vem tecendo o que chamamos de “romance em cadeia”, expressão cunhada por Ronald Dworkin, eis que motivadas suas decisões sobre a mesma temática, no precedente por ele mesmo proferido mais de uma década atrás. Isso não significa que o tribunal ou juiz deva sempre igualar suas decisões com a anterior, pois como defendemos, necessária se faz a análise casuística para aplicação do Direito.

O que vemos, de fato, aqui, é o que apregoa Dworkin, no sentido de que ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo

empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio de que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, o qual, realmente, é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2005, p.238).

À vista de tais considerações, demonstramos aqui a importância do Caso Ellwanger e sua abordagem dentro da jurisprudência e do cenário social.

6. CONCLUSÃO

Em face das reflexões apresentadas opinamos que a liberdade de expressão e o discurso de ódio caminham juntos, visto que entrelaçados, como o segundo sendo consequência direta do primeiro, mas subvertido por atributos negativos tais como preconceito, discriminação e intolerância.

Dessa forma, o poder da palavra (escrita ou falada) conferido ao ser humano constitucionalmente, desde sempre e provavelmente para sempre, segue sendo usado para promoção de progressos e retrocessos, influenciando diretamente naqueles que a professam e nos destinatários, minorias/grupos/classes, a que se dirige.

Resguardamos aqui o Estado Democrático de Direito e os elementos que o compõe, mas não sem a ilusão de que ser livre significa ser justo, ético ou moral. E que quando essa liberdade se mostra mal utilizada, a ponto de ferir os ditames constitucionais e os direitos fundamentais por eles assegurados a terceiros, é permitido o afastamento de um direito fundamental invocado que possa servir como excludente de tipicidade.

De tal maneira, aproveitamo-nos da metáfora da Hidra de Lerna, como criatura mitológica com corpo de mulher e cabeças de serpentes, a qual possuía a capacidade de regeneração das cabeças acaso fossem cortadas, para afirmar que o discurso de ódio não tem meios para acabar, mesmo quando silenciada a voz de um líder religioso fanático ou a escrita de um autor antissemita, outros emergirão.

No entanto, nada impede que utilizemos nesse contexto, a cada nascedouro de um discurso de ódio, uma nova oportunidade de promover a evolução dos seres humanos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*: Hannah Arendt: tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.513 e 514.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 82.424. Relator: Min. Moreira Alves. Data do Julgamento: 17 de Setembro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 18/03/2021.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682*. Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 29/11/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988091>. Acesso em: 18/03/2021.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303*. Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 06/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101>. Acesso em: 18/03/2021

BRASIL. *Lei 7.716 de 05 de Janeiro de 1989*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em : 18/03/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208.

CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Prima Facie - análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. RJ: Lumen Juris, 2011

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

FONTES, Carlos. *Filosofia de John Locke*. Disponível em <<http://afilosofia.no.sapo.pt/12lockeFil.htm>> Acesso em: 18/03/2021.

GALAHAD, L.C. *Quimera na Mitologia Grega*. Disponível em: <https://mitologiagrega.net.br/quimera-na-mitologia-grega/>. Acesso em: 18/03/2021.

GEROMEL, Fernanda Rubio. *Rachel Sherezade lança a campanha "Adote um Bandido"*. Plataforma: Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GxZmpQB2su4>. Acesso em: 18/03/2021.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, 2007, p.149.

MELLO, Cleyson de Moraes e PEREIRA, Antonio Celso Alves. *O Discurso de Ódio, o Direito e a Democracia*. Revista Quaestio Iuris, vol.10, nº04, Rio de Janeiro, 2017, p. 2713.

SIFFERT, Paulo de Abreu. *Breves notas sobre o constitucionalismo americano*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SUSTEIN, Cass. *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 228.

AS DIFICULDADES FINANCEIRAS ENFRENTADAS PELOS MUNICÍPIOS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

ANE CAROLINE GALHARDO: Graduação em Direito pela Universidade Brasil de Fernandópolis (2016); Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público com ênfase em Gestão Pública no Instituto Damásio de Direito, Faculdade IBMEC SP (2020); Advogada OAB/SP nº 394.710; Assessora de Planejamento na Prefeitura de Suzanápolis.

RONNY MAX MACHADO

(orientador)

RESUMO: A Lei de Responsabilidade Financeira (LRF) ou a Lei Complementar N.º. 101 entrou em vigor em 2000 com o objetivo de limitar a dívida do Estado e da União Municipal e determinar os princípios básicos de responsabilidade. Este artigo discute a eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal na gestão dos recursos públicos, pois entende seu direito de fornecer necessidades de controle nas contas públicas e de esclarecer a jurisprudência deste tópico controverso. Este estudo versou sobre as dificuldades financeiras enfrentadas pelos Municípios e os aspectos mais relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Com enfoque nos Municípios de Pequeno Porte, abordamos as principais fontes de arrecadação destes, enfatizando a importância das transferências constitucionais, principalmente o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), que é uma das principais transferências intergovernamentais de recursos. Dada a importância do FPM nas arrecadações orçamentárias municipais, tabelamos as previsões orçamentárias e valores efetivamente repassados entre os anos de 2012 a 2019. Isto porque, a crise econômica que se instaurou no país na década passada afeta tanto as arrecadações próprias dos Municípios, quanto as que originam as transferências constitucionais. A maioria dos Municípios de pequeno porte não contam com planejamentos e controles eficiente. Os limites impostos pela LRF são eficazes. A judicialização da saúde vem sendo um dos fatores de dificuldade financeira. Utilizou-se o método analítico descritivo mesclando a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Crise Financeira. FPM. Lei de Responsabilidade Fiscal.

ABSTRACT: The Financial Responsibility Law (LRF) or Complementary Law No. 101 came into force in 2000 with the aim of limiting State and Municipal Union debt and determining the basic principles of liability. This article discusses the effectiveness of the Fiscal

Responsibility Law in the management of public resources, as it understands its right to provide control needs in public accounts and to clarify the case law of this controversial topic. This study dealt with the financial difficulties faced by the Municipalities and the most relevant aspects of the Fiscal Responsibility Law (LRF). With a focus on Small Municipalities, we approach the main sources of revenue from these, emphasizing the importance of constitutional transfers, mainly the Municipality Participation Fund (FPM), which is one of the main intergovernmental transfers of resources. Given the importance of the FPM in municipal budget collections, we have established budget forecasts and amounts effectively passed on between the years 2012 to 2019. This is because the economic crisis that has taken place in the country in the past decade affects both Municipal collections and originating the constitutional transfers. Most small municipalities do not have efficient planning and controls. The limits imposed by the LRF are effective. The judicialization of health has been one of the factors of financial difficulty. The descriptive analytical method was used, mixing bibliographic and documentary research.

Keywords: Financial Crisis. FMP. Fiscal Responsibility Law.

INTRODUÇÃO

Com a crise econômica que assola o país, a União, os Estados e os Municípios vêm enfrentando dificuldades para cumprir seus compromissos financeiros, face a uma arrecadação que, em geral, está ficando abaixo do estimado, enquanto as despesas seguem aumentando.

A ineficiência no planejamento e controle dos produtos comerciais da Prefeitura e o uso indevido de propriedades pertencentes a todas as pessoas também são um dos problemas que lhes causam dificuldades financeiras. Isso ocorre porque a falta de entusiasmo fará com que a herança se deteriore em um curto período de tempo, por isso é necessário obter custos de manutenção novos ou excessivos para que as instituições públicas funcionem corretamente.

Nos municípios, principalmente os de pequeno porte, que serão o enfoque deste trabalho, nem mesmo medidas como o contingenciamento de despesas vem surtindo o efeito esperado, principalmente no que diz respeito ao gasto com pessoal, cujos limites são impostos na LC 101/2000 e o seu descumprimento acarreta inúmeras sanções ao ente. Isso acontece porque, conforme mencionado anteriormente, a arrecadação financeira não vem aumentando na mesma proporção que as despesas, haja vista que com a devido à dificuldade de gerenciamento da equipe e ao fornecimento de horas de serviço adicionais nos regulamentos da função pública, o percentual do aumento total das despesas, como remuneração, é sempre muito maior que a cobrança.

Ainda, temos o aumento desenfreado da judicialização da saúde, que faz com que além das despesas fixas do poder público municipal para a manutenção do SUS (Sistema Único de Saúde), as prefeituras custeiem procedimentos e medicamentos não contemplados pela tabela SUS para um cidadão específico, não estendendo o mesmo direito aos demais sem a apreciação judicial de cada caso, sendo na maioria das vezes de alto custo. As consequências da imposição do judiciário para que cada vez mais os municípios arquem com estes custos, é de que comece a faltar recursos para suprir a demanda contemplada pelo SUS, que é direito de todos os cidadãos.

O poder executivo na esfera municipal é o que está diretamente ligado a população, recebendo mais cobranças de seus cidadãos contribuintes e prestando o serviço público de maneira mais direta e eficiente. Entretanto, sua arrecadação própria na maioria das vezes é insuficiente para a demanda e os repasses dos Estados e do Governo Federal é menor do que o necessário, mesmo estes entes estando cada vez mais repassando responsabilidades aos municípios. O aumento dos valores a serem transferidos pelos Estados e União para os municípios se faz necessário para auxiliá-los na prestação de serviço público com qualidade sem passar por dificuldades financeiras.

Os objetivos do presente estudo são entender quais as causas da crise financeira que vive a maioria das prefeituras do país, esmiuçar as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal e demonstrar que os limites por ela impostos não condizem com a realidade atual do país e identificar meios para que as prefeituras melhorem sua condição financeira e automaticamente a qualidade na prestação de serviço público aos seus cidadãos, entre outros.

Haja vista a importância da prestação de serviço público pelas prefeituras, buscaremos através desta pesquisa, compreender as dificuldades enfrentadas pelos municípios para conseguirem melhorar suas finanças, para assim poderem realizar investimentos que beneficie a população.

O tipo de pesquisa a ser abordada neste estudo será bibliográfica seletiva e crítica, com o objetivo de reunir as informações e dados que servirão de base para a construção da investigação proposta a partir do tema escolhido. Para tanto, será necessário consultas em legislações, doutrinas, proposta de emenda constitucional, artigos, entre outros, utilizando-se de recursos como livros, códigos de leis, internet, etc.

CAPÍTULO I – A CRIAÇÃO E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

1.1 A CRIAÇÃO, O CONCEITO DOS MUNICÍPIOS E A AUTONOMIA MUNICIPAL

As regras vigentes para a criação, incorporação, fusão e o desmembramento de Municípios encontram-se expressas no § 4º do art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual dispõe que:

Art. 18 [...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

No que diz respeito a criação dos municípios, detalha Costa (2014, p. 78) que:

Os Municípios, de modo geral, são criados a partir da emancipação de distrito, onde eles existem, ou de povoados, elevando-os à condição de pessoa jurídica de Direito Público interno, mediante a outorga de autonomia por lei estadual. Existem quatro fases no procedimento de criação, sendo a primeira a representação formulada à Assembleia Legislativa, comprovando a existência dos requisitos mínimos exigidos pela Constituição e por lei complementar estadual. Depois, em seguida, determinação do Legislativo Estadual para que seja realizado o plebiscito, se forem atendidas as exigências formais. Em seguida, o Tribunal Regional Eleitoral marca a data do plebiscito, que é efetivado pelos juízes eleitorais. Por fim, há a promulgação da lei criadora do Município. (COSTA, 2014, p. 78).

O conceito de município do Direito Romano, de acordo com De Plácido e Silva (1973, p. 1.044), é “território delimitado, em que seus habitantes, dizendo-se munícipes, gozam, do direito de cidadania e se investem no direito de dirigi-lo, autonomamente, pelos representantes que escolhem e formam a corporação administrativa municipal”, e

acrescenta que o vocábulo “município”, deriva do latim *municipium*, além de defini-lo como “toda extensão territorial constituída em divisão administrativa de um Estado Federado [...]”.

Já sob a ótica do direito brasileiro, encontramos um conceito doutrinário de município mais amplo, que vai além do aspecto de extensão territorial constituída em divisão administrativa de um Estado Federado, levando em consideração três aspectos, o sociológico, o político e o legal. Assim leciona Meirelles (2008, p. 128):

Do ponto de vista sociológico, o Município Brasileiro, como qualquer outro, é o agrupamento de pessoas de um mesmo território, comuns e afetividades recíprocas, que se reúnem em sociedade para a satisfação de necessidades individuais e desempenho de atribuições coletivas de peculiar interesse local.

Sob o aspecto político, o Município Brasileiro é entidade estatal de terceiro grau na ordem federativa, com atribuições próprias e governo autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (CF, arts. 18, 29 e 34, VII, “c”).

Na ordem legal, o Município Brasileiro é pessoa jurídica de direito público interno (CC de 1916, art. 14, III; CC de 2002, art. 41, III), e, como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes (CF, art. 37, § 6º). (MEIRELLES, 2008, p.128)

No que tange ao aspecto legal, Dimoulis (2012) define Município como pessoa jurídica de direito público interno com autonomia política, administrativa e financeira. A autonomia político-administrativa lhe confere a competência privativa para elaborar sua Lei Orgânica, além de competência material privativa para legislar sobre as matérias concernentes a assuntos de interesse local. Já no que diz respeito a autonomia financeira, trata-se da prática do poder de instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, obtidas através da tributação ou da repartição das receitas tributárias.

A autonomia é conferida aos municípios pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que no *caput* do seu art. 18, institui que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

A respeito da autonomia municipal ao longo da história brasileira, Meirelles (2008, p. 46) destaca que:

Somente a partir da Constituição de 1946 e subsequente vigência das Cartas estaduais e leis orgânicas é que a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato nas administrações locais. A posição atual dos Municípios brasileiros é bem diversa da que ocupavam nos regimes anteriores. Libertos da intromissão discricionária dos governos federal e estadual e dotados de rendas próprias e suficientes para os serviços locais, os Municípios elegem livremente suas Câmaras e seus prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política dos órgãos de governo. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Agem dentro da esfera própria com liberdade própria. Decidem da conveniência ou inconveniência de todas as medidas de interesse local; entendem-se diretamente com todos os poderes da Soberania Nacional sem dependência hierárquica à administração estadual; manifestam-se livremente sobre os problemas da Nação; [...]. (MEIRELLES, 2008, p. 46).

Na Constituição Federal de 1988, o arranjo da autonomia municipal está estruturado pelos artigos 1º, 29, 30, 35, 39, 145, 149, 150, 158, e 182, entre outros, além do dispositivo constitucional principal, art. 18, já enfatizado anteriormente. Os municípios são autônomos porque são providos de capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação, configurando a autonomia financeira, administrativa e política. Costa (2014, p.51) elencou os dispositivos da carta magna e disposições transitórias que fazem referências aos municípios e seus agentes políticos, conforme abaixo:

Existem referências à autonomia política nos arts. 18 (autonomia, organização político-administrativa), 30 e incisos (competência exclusiva, serviços públicos); 23 (competência comum com a União, os Estados e o Distrito Federal, serviços públicos); 18, § 4º (criação, incorporação, fusão e desmembramento); DT, art. 12, §§ 3º e 4º (demarcação, linhas divisórias litigiosas); art. 30, IV (distrito, criação, organização e supressão); art. 35 (intervenção no Município); art. 30,

I e II (interesse local, legislação, competência); art. 29 e DT, art. 11, parágrafo único (lei orgânica); art. 31, § 2º (Prefeito, contas, prestação); art. 14, § 3º, VI, c (Prefeitos, elegibilidade, idade mínima); art. 29, I e II (Prefeitos, eleições); art. 14, § 7º (Prefeito, inelegibilidade do cônjuge, parentes do); art. 29, X (Prefeito, julgamento); art. 29, I e XII e DT, art. 4º, § 4º (Prefeito, mandato), art. 29, III (Prefeito, posse); art. 14, §§ 5º e 6º (Prefeito, reeleição), art. 29, V, VI e VII (Prefeito, remuneração); art. 19 (proibições aos Municípios); art. 29, XIII (projetos de lei, iniciativa popular); art. 13, § 2º (símbolos); art. 14, § 3º, VI, d (Vereadores, elegibilidade, idade mínima); art. 29, I (Vereadores, eleição); art. 29, VIII (Vereadores, inviolabilidade); art. 29, I e DT, art. 4º, § 4º (Vereadores, mandato); DT, art. 8º, § 4º (Vereadores, mandato eletivo gratuito); art. 29, IV, e DT, art. 5º, § 4º (Vereadores, número por município); art. 29, VII (Vereadores, proibições e incompatibilidade) e art. 29, V (Vereadores, subsídio) e art. 39, § 4º (Vereadores, subsídio). (COSTA, 2014, p. 51).

Na mesma proporção em que é conferido aos Municípios toda essa capacidade política-administrativa e financeira, são atribuídos aos mesmos competências, as quais serão detalhadas no subcapítulo a seguir.

1.2 A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. A norma constitucional atribui aos seus entes federativos diversas competências.

As espécies de competências são tradicionalmente classificadas em competências administrativas, competências legislativas e competências tributárias. Alexandrino e Paulo (2015, p. 347-348) define cada uma dessas espécies de competências como:

As competências administrativas (materiais ou não legislativas) especificam o campo de atuação político-administrativa do ente federado. São competências para a atuação efetiva, para executar tarefas, para a realização de atividades concernentes às matérias nelas consignadas. [...]

As competências legislativas, como a própria denominação indica, estabelecem o poder para normatizar, para estabelecer normas sobre as respectivas matérias. Não dizem respeito à atuação em si, à execução de uma atividade, mas sim à edição das normas que regularão determinada atuação. [...]

A competência tributária diz respeito ao poder de instituir tributos, que é outorgado a todos os entes federativos, como uma das formas de assegurar sua autonomia. Com efeito, a autonomia política dos entes federados resultaria sobremaneira enfraquecida, caso desacompanhada de autonomia financeira, a qual é efetivamente assegurada pela fixação constitucional de competências tributárias próprias. A competência tributária está disciplinada em capítulo próprio da Constituição Federal (Capítulo 1 do Título VI). (ALEXANDRINO E PAULO, 2015, p. 347-348)

De início, trataremos sobre a competência comum (paralela ou cumulativa), que é uma competência administrativa, a qual confere condições de igualdade entre os entes federativos, e encontra-se prevista nos incisos do art. 23 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e assim dispõe:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Para a repartição de competências entre os entes federativos, o legislador constituinte adotou como critério na Constituição Federal de 1988 o princípio da predominância do interesse.

O princípio da predominância do interesse pauta-se na ideia de que existem matérias que devem ser tratadas uniformemente em todo o país, ao passo em que outras matérias devem ser tratadas com base a análise das necessidades regionais ou locais. Nesta acepção, Moraes (2014, p. 315) afirma:

Pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse

regional e aos municípios concernentes aos assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, §1º), acumulam-se em regra, as competências estaduais e municipais. (MORAES, 2014, p. 315).

No que se refere as competências específicas dos municípios, essas estão elencadas nos incisos do art. 30 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que determina que:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

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

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI -(Revogado);

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (BRASIL, 1988).

Uma vez enumeradas as competências municipais específicas descritas no dispositivo constitucional transcrito acima, se faz necessário esmiuçar alguns pontos dos três primeiros incisos.

A respeito da competência de legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), é importante compreender o que são os assuntos de interesse local, para assim delimitar sobre o que compete aos Municípios legislarem. Para Rezende (2019, p. 17), “uma boa parte da doutrina tem definido o interesse local [...] dando destaque para a ideia da predominância do interesse do Município sobre o eventual interesse regional ou nacional e, excluindo a ideia de interesse exclusivo ou privativo da localidade.”. Nesse sentido, aborda Costa (2014, p. 91) que:

Assim, os assuntos de interesse local são aqueles em que existe uma predominância dos interesses dos habitantes de determinada área, em que o Município, como entidade pública, tem maiores condições de resolver e implementar que as demais entidades federadas. É imensa a gama de atividades atribuídas aos agentes públicos do Município, sendo-lhes fixado competências de natureza administrativa, mas também política, onde se ressalva sua autonomia, observados os critérios de conveniência e oportunidade, que nem sequer o Judiciário pode violar. (COSTA, 2014, p. 91).

A competência de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, Art. 30, II), diz respeito a autorização constitucional de os Municípios, de acordo com as suas particularidades, editar normas suplementares a legislação federal e a estadual, quando as mesmas não forem suficientes para atenderem as demandas do Município.

Já sobre a competência municipal de instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei (CF, Art. 30, III), a qual lhe confere a autonomia financeira, abordaremos quais são os tributos de competência municipal.

Os tributos que podem ser instituídos pelos entes federados da República Federativa do Brasil estão expressos nos incisos do art. 145 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), são os “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.”.

Os impostos que devem ser instituídos pelos Municípios estão elencados nos incisos de I a III do art. 156 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e são impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que os impostos mencionados nos incisos de I a III do art. 156 da CF são também arrecadados pelos Municípios, mas não configuram como os únicos que podem ser arrecadados por eles. Isto porque, a Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 19 de dezembro de 2003, dentre outras alterações introduzidas, modificou os arts. 153 e 158 da CF no tocante à fiscalização, cobrança e às transferências do ITR, ao qual facultou aos Municípios a opção de fiscalizar e cobrar o imposto, passando a pertencer ao mesmo a totalidade da sua arrecadação, enquanto a não opção dá direito a eles de 50% (cinquenta por cento) da arrecadação, por ser uma transferência constitucional, portanto, obrigatória.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

VI - propriedade territorial rural; [...]

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do caput: [...]

III – será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.”

[...]

Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...]

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (BRASIL, 1988).

Por fim, aplicando as espécies de competências mencionadas neste subcapítulo as competências municipais elencadas nos incisos do art. 30 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), podemos dizer que se trata de competência legislativa os incisos I e II; de competência administrativa os incisos de III a IX; e de competência tributária o inciso III, por determinar que compete aos Municípios instituir tributos de sua competência.

CAPÍTULO II – A QUEDA NA ARRECADAÇÃO E A DIFICULDADE FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DOS MUNICÍPIOS

2.1. AS DIFICULDADES NA ARRECADAÇÃO PRÓPRIA NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE E A IMPORTÂNCIA NOS REPASSES INTERGOVERNAMENTAIS

No Brasil, a maioria dos municípios se enquadram na classificação de pequeno porte, que são aqueles com número de habitantes menor do que 50.000 (cinquenta mil). A este respeito, pondera a Confederação Nacional dos Municípios (CNM, 2018, p. 11) que:

No Brasil existem mais de 5.568 Municípios. Desses, cerca de 80%, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), possuem menos de 50 mil habitantes. Mas por que falar sobre isso? Os Municípios enfrentam dias difíceis e, apesar de uma longa sequência de esforços, os desajustes estruturais da nossa economia, o descontrole das contas públicas no país, os orçamentos esfolados, os recursos limitados e a crescente responsabilidade atribuída aos Entes locais, que se veem atolados com demandas por mais e melhores serviços públicos, agravam ainda mais a situação, que é intensificada principalmente nos pequenos Municípios.”. (CNM, 2018, p. 11).

Os municípios são os principais executores das políticas públicas nacionais. Sendo assim, precisam atender as crescentes demandas da sociedade, especialmente nas áreas de saúde e educação, ao mesmo tempo em que enfrentam os desafios da eficiência, eficácia e efetividade na gestão dos escassos recursos públicos. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 3).

A arrecadação tributária nos Municípios brasileiros é uma dificuldade enfrentada pela maioria dos seus gestores, por razões econômicas, administrativas ou políticas, que colaboram para os desequilíbrios nas finanças públicas municipais. Por este motivo, mesmo com uma estrutura de competências tributárias definida, existe a necessidade de um sistema de transferências intergovernamentais de recursos, com origem nos governos federais e estaduais, voltadas aos governos municipais, para atender às necessidades básicas da população como educação e saúde, posto que os Municípios são os executores das políticas públicas nacionais, conforme mencionado no parágrafo anterior. (SILVA 2009).

A Federação brasileira é constituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que precisam de recursos para cumprir com os ditames de nossa Constituição Federal, dentre eles os dispostos no seu art. 3º, que estipula os objetivos fundamentais da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Relatório de Atividades do Subgrupo de Trabalho formado por técnicos da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), ambas do Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e da Controladoria-Geral da União (CGU), para a Classificação das Transferências da União, os técnicos abordam a importância existência de recursos financeiros suficientes para cumprir com os objetivos da Constituição Federal e a necessidade da partilha da arrecadação entre os Entes Federativos, conforme segue (BRASIL, STN, et al, 2015, p. 3):

Evidentemente, tais objetivos não podem ser atingidos sem a existência de recursos financeiros suficientes, os quais são obtidos

pelas três esferas governamentais através de suas competências constitucionais e legais para instituir e arrecadar tributos; em consequência, surge o conceito de federalismo fiscal, que significa a partilha de receitas auferidas pelos diversos Entes Federativos de forma a assegurar a todos haveres adequados para o atendimento de seus fins, quais sejam de prestar serviços públicos de qualidade e em quantidade suficiente para suprir as necessidades básicas da sociedade. (BRASIL, STN et al, 2015, p. 3).

Uma das principais transferências intergovernamentais de recursos, é o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a qual abordaremos com mais afinco neste presente trabalho por este motivo. O FPM é uma das transferências que possui caráter descentralizador, como uma transferência intergovernamental, constitucional e federal, sendo partilhado de forma diferenciada entre estados federados e os municípios com base no critério da composição populacional.

Conforme mencionado no parágrafo acima, o FPM é uma transferência constitucional. Sendo assim, está prevista expressamente no art. 159. I, *b*, *d* e *e* da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 159 A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

[...]

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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

A Secretaria do Tesouro Nacional (BRASIL, STN, 2018) aborda cronologicamente as alterações legislativas mais importantes referentes ao FPM, a contar da vigência da carta magna:

No ano de 1988: a Constituição Federal vigente ratificou o FPM (art. 159, inciso I, *b* e ADCT art. 34, § 2º, incisos I e III) e recepcionou a regulamentação do CTN, tendo ainda aumentado gradativamente o percentual de participação na arrecadação de IR e IPI dos 17% para 22,5% a partir de 1993; (BRASIL, STN, 2018).

Em 1996, a Emenda Constitucional (EC) nº 14/1996, através de alteração do art. 60 do ADCT, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), cuja fonte de recursos foi composta pela dedução de 15% nos repasses do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do FPM, da Lei Complementar 87/96, do ICMS estadual e do IPI-Exportação, sendo regulamentada pela Lei nº 9.424/1996, e os descontos efetuado a partir de janeiro de 1998; (BRASIL, STN, 2018).

No ano de 2006, a EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006, também através de alteração do art. 60 do ADCT, substituiu o FUNDEF pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), cuja fonte de recursos incorporou novas transferências intergovernamentais obrigatórias, mantendo todas as anteriores, inclusive o FPM. Atualmente, a dedução do FUNDEB é de 20% do valor do repasse; (BRASIL, STN, 2018).

Em 2007, a EC 55/2007 acrescentou a alínea *d* ao art. 159, inciso I, da CF, adicionando 1% ao percentual do FPM (que assim passou a ter alíquota de 23,5%). Entretanto, este percentual excedente seria acumulado na conta única do Tesouro Nacional ao longo de 12 meses (de dezembro de um ano até novembro do subsequente), para ser entregue aos Municípios por seu valor integral no 1º decêndio de dezembro de cada ano; (BRASIL, STN, 2018).

Já no ano de 2014, a EC 84/2014, acrescentou a alínea *e* ao art. 159, inciso I da Constituição Federal, aumentou em 0,5% pontos percentuais a transferência de recursos do FPM para o ano de 2015, resultando em 24% no total. Os valores foram acumulados de janeiro a junho de 2015, e pagos no 1º decêndio de julho de 2015. A partir de 2016 o percentual sobe para 1%, e os valores são acumulados de julho de um ano a junho do ano subsequente, sendo pagos no 1º decêndio de julho. Desse modo, a partir de 2016 o FPM responde por 24,5% da arrecadação líquida de IR e IPI. (BRASIL, STN, 2018).

No que tange aos critérios para a distribuição do FPM, os percentuais individuais de participação dos Municípios são calculados anualmente pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e por ele publicados em Decisão Normativa no Diário Oficial da União até o último dia útil de cada exercício, segundo art. 92 do Código Tributário Nacional. O cálculo é feito com base em informações prestadas ao TCU até o dia 31 de outubro de cada ano, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), informações estas compostas da população de cada Município e da renda per capita de cada Estado.

A respeito da capacidade de arrecadação de receitas próprias, entende-se que os Municípios de grande porte, com população superior a 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, possuem maior capacidade de arrecadar receitas próprias, tais como ISS, IPTU e ITBI. Os Municípios de médio porte, aqueles entre 50.000 (cinquenta mil) e 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, dependem mais pontualmente do ICMS. Já os Municípios de pequeno porte, que são aqueles com população abaixo de 50.000 (cinquenta mil) habitantes, conforme já mencionado no início deste subcapítulo, dependem quase que integralmente das transferências constitucionais, da quota-parte do ICMS, do FPM, do FUNDEB, do Imposto Territorial Rural (ITR), Salário Educação, Cide Combustível e Royalties, além das transferências do Sistema Único de Saúde (SUS). Em suma, a classificação dos Municípios como sendo de pequeno, médio e grande porte utilizam o critério demográfico. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 5).

Esse contexto de que os Municípios de pequeno porte dependem quase que integralmente das transferências constitucionais, se dá por diversos fatores, aos quais podemos mencionar como mais relevantes: o fato de que os principais impostos são de responsabilidade dos governos federal e estaduais; a falta de fiscalização eficiente para a cobrança dos tributos de sua competência, já estudados no subcapítulo 1.2. do presente trabalho; e o baixo empreendedorismo que estes Municípios costumam ter.

Neste sentido, preceitua Rodrigues e Silva (2020, 14) "A dificuldade dos municípios na arrecadação e a própria diferença na capacidade de arrecadação entre eles conduzem a uma situação de dependência em relação às transferências de recursos."

Antes de 1988, os Municípios brasileiros tinham uma responsabilidade mais restrita, ficando os serviços a serem prestados ou pela União ou pelos Estados. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a assumir mais atribuições gradualmente. Entretanto, o FPM, que segundo dados do FINBRA (2012) caracteriza-se como a principal receita para o equilíbrio dos orçamentos municipais, representando mais de 70% das receitas orçamentárias dos municípios, não acompanhou

o crescimento dos custos das prefeituras nos últimos anos. Nesta acepção, Ravello e Bender Filho (2019, p. 5):

As cidades brasileiras que antes da Constituição tinham uma responsabilidade mais limitada, sendo os serviços prestados ou pela União ou pelos Estados, a partir de 1988, começaram a assumir cada vez mais atribuições, como, por exemplo, as áreas de educação e saúde, as quais foram municipalizadas. Também é fonte adicional de custo os inúmeros Programas Federais, cuja execução vem ficando a cargo das prefeituras com repasses subfinanciados, pesando sobre o orçamento local. Ressalta-se que o FPM, principal fonte de receita de grande parte dos Municípios brasileiros, não acompanhou o crescimento dos custos das prefeituras nos últimos anos, agravando seriamente a dificuldade financeira destes municípios. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 3).

A crise financeira internacional e nacional, especialmente na última década, acarretou em uma relevante queda nas arrecadações tributárias brasileiras. Diante deste cenário, o governo federal teve que implementar inúmeras ações no intuito de contornar a crise e estimular a economia brasileira, que refletiram e refletem diretamente na baixa arrecadação do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Por este motivo, os Municípios vêm enfrentando dificuldades, haja vista que suas despesas e atribuições não aumentam na mesma proporção que os repasses.

Segundo Araújo, Brito e Jesus (2020, p. 295), a respeito da crise econômica no Brasil afirmam que:

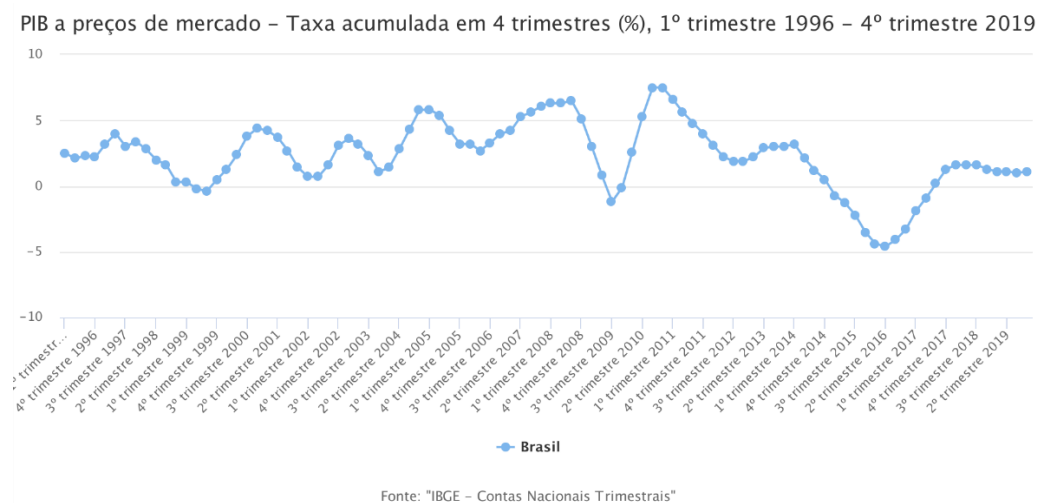
[...] A atual crise econômica se instaurou no país em 2014, ocasionando uma forte recessão e gerando a queda do Produto Interno Bruto (PIB). Essa crise teve ainda maior proporção com a crise política instaurada no ano de 2015, com os escândalos de corrupção e sequencialmente com o *impeachment* da presidenta do país.

Esses fatores afetaram todo o mercado, pois a incerteza econômica acaba contraindo os investimentos, acarretando a diminuição da arrecadação de tributos, fazendo com que as receitas federais e estaduais sofram quedas e afetem diretamente nos repasses

realizados aos municípios, em alguns programas existe a extinção completa dos repasses, impossibilitando o desenvolvimento de ações que dependem desses recursos. (ARAÚJO, BRITO e JESUS, 2020, p. 295)

Podemos observar no gráfico abaixo (GRÁFICO 1) que o Produto Interno Bruto (PIB) voltou a apresentar taxas de crescimento. Entretanto, os índices ainda estão aquém das estimativas e, não retornaram ao menos ao índice em que se encontrava no início da recessão em 2014.

Gráfico 1- PIB a preços de mercado



Fonte: IBGE – Contas Nacionais Trimestrais

No que diz respeito aos repasses do FPM, encontramos na tabela abaixo (TABELA 1) as previsões orçamentárias, os valores repassados e os percentuais de variação em relação ao exercício anterior na Lei Orçamentária Anual, referente aos exercícios financeiros de 2012 a 2019. Os dados demonstram que inicialmente as os percentuais de variação em relação ao exercício anterior eram bem mais elevados do que os atuais e, na maioria dos exercícios financeiros que estava acima de 10%, o valor repassado ficou aquém do estimado.

Tabela 1- Os repasses e previsões orçamentárias do FPM

Exercício Financeiro (ano civil)	Previsões FPM na LOA (R\$)	Valores repassados (R\$)*	Percentual de variação em relação ao exercício anterior na LOA (%)
2012	62.020.990.024,00	54.746.846.969,00	16,81
2013	65.324.052.624,00	58.878.035.229,00	19,32
2014	70.344.109.774,00	64.158.174.316,00	19,47
2015	72.005.906.680,00	68.398.980.853,00	12,23
2016	80.323.133.767,00	79.910.745.230,00	17,43
2017	79.392.314.667,00	77.634.613.208,00	-0,65
2018	80.954.723.086,00	83.010.505.468,00	4,28
2019	87.583.243.172,00	90.409.487.779,00	5,51

(*) Os valores já estão descontados da parcela de 20% destinada ao FUNDEB.

Fonte: Produzida pela autora através da base de dados do Secretaria do Tesouro Nacional

Ainda, referente aos dados da tabela acima (TABELA 1), podemos identificar que 2017 foi o único exercício financeiro que teve percentual de variação negativo em relação ao exercício anterior, ficando o valor repassado abaixo do exercício anterior também. Isso justifica-se ao fato de os Municípios terem tido um repasse a título de divisão da Multa da

Repatriação no exercício de 2016, além da parcela normal. Já nos exercícios de 2018 e 2019, os valores repassados superarão as previsões orçamentárias, haja vista a aplicação de índices de variações em relação aos exercícios financeiros mais baixos e condizentes com a capacidade de arrecadação atual do país.

2.2. AS FALHAS NO PLANEJAMENTO E CONTROLE NA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Em conjunto com a diminuição das arrecadações tributárias estudada no subcapítulo anterior, as dificuldades financeiras enfrentadas pelos Municípios também são decorrentes das falhas no planejamento e controles na gestão pública municipal, especialmente nos Municípios de pequeno porte. Neste sentido, entende Rodrigues e Silva (2020, 15) que:

Em épocas de crise econômica, existe a tendência de queda nas arrecadações tributárias em razão da redução das atividades econômicas. E, quando mantido o volume de gastos, implica ocorrência de déficit público ou aumento da dívida pública. Nessa direção, a conjuntura econômica induz, devido à baixa na arrecadação, as gestões municipais a melhorarem a eficiência no uso dos recursos disponíveis, o que mostra a vulnerabilidade das municipalidades receptoras de financiamentos oriundos de outros entes federativos.

A administração pública está sujeita a obediência de diversos princípios, com destaque aos previstos expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último foi incluído pela EC nº 19 de 1998. Além disso, “[...] as funções de planejamento, organização, coordenação e controle são extremamente necessárias para o desenvolvimento das atividades.”. (BONI, 2015, p. 13).

O controle e o planejamento na gestão pública municipal estão diretamente ligados ao princípio da eficiência, pois são norteadores que, quando aplicados, permitem a administração pública a prestação dos serviços públicos com excelência, além de obter melhor produtividade e economicidade.

Para Carvalho Filho (2007, p. 810) o controle na gestão pública “[...] tem a natureza de um princípio fundamental da Administração Pública, não podendo ser dispensado ou recusado por nem um órgão administrativo, devendo ser exercido em todos os níveis de poder”.

No mesmo sentido, Alexandrino e Paulo (2015, p. 380) destacam que a eficiência:

[...] integra o conceito de serviço público adequado (Lei 8.987/1995, art. 6.º, § 1.º). Ademais, a noção de eficiência aproxima-se da de economicidade, princípio expresso no *caput* do art. 70 da Constituição, relativo ao controle financeiro da administração pública. Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por uma boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/ benefício da atividade da administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e dos correspondentes benefícios. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 380).

Na Constituição Federal, o art. 31 estabelece que a fiscalização do Município, será exercida pelo controle externo, através do Poder Legislativo, que terá o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver e, pelo controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da Lei. (BRASIL, 1988).

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. (BRASIL, 1988).

O sistema de controle interno é essencial para o Poder Executivo Municipal, porque permite que de maneira direta e frequente, seja possível fiscalizar as atividades da gestão pública municipal e, detectando falhas existentes na Administração, as pontuem e corrijam, em nome de uma gestão pública mais eficiente, conforme já mencionado. Além disso, com o sistema estabelecido, detectando as falhas e a corrigindo-as de pronto, os gestores públicos diminuem os riscos de serem penalizados pelos órgãos de controle externo.

Sobre o planejamento na gestão pública municipal, podemos afirmar que pelo menos na área orçamentária é realmente utilizado, isto porque o planejamento é um dos pilares da Lei de Responsabilidade Fiscal que estudaremos no capítulo seguinte. As falhas quanto ao planejamento mencionadas aqui, dizem respeito a planejamentos estratégicos, por exemplo, a falta de planejamento de compras, planejamento de recursos humanos.

Entretanto, em Municípios de pequeno porte, os controles internos e o planejamento tendem a serem mais ineficientes ou até mesmo inexistentes, pelas dificuldades enfrentadas por eles com a gestão de pessoal dos seus servidores públicos, principalmente no que diz respeito a falta de qualificação.

Segundo Fontes (2018, p. 11), a qualificação dos servidores públicos deve ser incentivada por gestores, melhorando assim a eficiência na prestação dos serviços públicos, pois:

Na medida em que se melhora a qualidade do serviço público os benefícios são para todos os cidadãos da sociedade. É importante para a instituição ter servidores mais capacitados que trarão agilidade, conhecimento e motivação no trabalho e cotidiano das atividades municipais. (FONTES, 2018, p. 11).

Para Boni (2015, p. 11) "O conhecimento dos servidores públicos é o mecanismo primordial no qual são desencadeadas mudanças significativas na práxis diária de suas tarefas."

CAPÍTULO III – LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL AOS MUNICÍPIOS

3.1 OS OBJETIVOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF)

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000), entrou em vigor com a finalidade de estabelecer “[...] normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.”, conforme disposto no *caput* do seu art. 1º. A mencionada legislação nasceu da necessidade do equilíbrio das contas públicas no Brasil, por meio de ação planejada e transparente, ou seja, através de responsabilidade na gestão fiscal que se encontra conceituada no primeiro parágrafo do art. 1 da mesma lei (BRASIL, 2000):

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL, 2000).

Como se nota logo pelo *caput* do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ela possui índole constitucional, sendo a lei complementar prevista no art. 163, I, da Constituição Federal “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; [...]” (BRASIL, 1988).

Para Nascimento e Debus (2002, p. 6), esta lei incorporou alguns princípios e normas de outros países. Segundo eles, dentre outros parâmetros utilizados para a elaboração da versão brasileira da Lei de Responsabilidade Fiscal, os principais modelos referenciais utilizados foram:

- O Fundo Monetário Internacional, organismo do qual o Brasil é Estado-membro, e que tem editado e difundido algumas normas de gestão pública em diversos países;
- A Nova Zelândia, através do Fiscal Responsibility Act, de 1994;
- A Comunidade Econômica Européia, a partir do Tratado de Maastricht; e,

- Os Estados Unidos, cujas normas de disciplina e controle de gastos do governo central levaram à edição do Budget Enforcement Act, aliado ao princípio de “accountability”. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 6)

As diretrizes da LRF se aplicará aos três entes da federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), é o que diz, inclusive, o § 2º do art. 1º desta lei (BRASIL, 2000) “§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”.

Complementa o inciso I do art. 2º da mesma lei, para seus efeitos entende-se como “ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município” (BRASIL, 2000).

Ainda, a LRF disciplina que ao mencionar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, está abrangendo sua atuação aos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o Ministério Público, os Tribunais de Contas (da União, de Estado, e, quando houver, dos Municípios e do Município), bem como as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Essa é a previsão dos incisos do § 3º do art. 1º da LRF (BRASIL, 2000):

§ 3o Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

Ressalta-se que o art. 60, da LRF dispõe que “Lei estadual ou municipal **poderá fixar limites inferiores** àqueles previstos nesta Lei Complementar para as dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.”. **(grifo nosso)**

A LRF é fundamentada em quatro princípios: o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilidade, que serão abordados no decorrer deste capítulo.

Para Araújo e Arruda (2004, p. 71), a LRF está sustentada em quatro pilares: “Enfatizar a necessidade do planejamento Governamental, Alcançar o Equilíbrio Fiscal, Controlar o Endividamento Público e Assegurar a Transparência da Gestão Pública”.

3.2 DOS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar dos princípios administrativos, ensina Di Pietro (2007, p. 61) que “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”.

No que tange à importância dos princípios constitucionais, Mello (2009) é taxativo ao dizer que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2009, p.35).

Os princípios orçamentários são diretrizes norteadoras dos processos orçamentários previstos na Constituição Federal de 1988, que tem por finalidade assegurar maior estabilidade à elaboração, execução e controle do orçamento público. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 973).

Neste sentido, conceitua Paludo (2013, p. 38):

Os princípios orçamentários são regras válidas para todo o processo orçamentário (elaboração, execução e controle/avaliação) – aplicam-se tanto à LOA como aos créditos adicionais – e visam assegurar-lhe racionalidade, eficiência e transparência, mas não têm caráter absoluto, visto que apresentam exceções. (PALUDO, 2013, p. 38).

3.2.1 Princípio da anualidade ou periodicidade

O princípio da anualidade ou da periodicidade preconiza que o orçamento deve ser elaborado e autorizado para um período limitado de tempo, em geral, um ano ou o chamado exercício financeiro.

Destaca-se que esse exercício financeiro (um ano) pode, ou não, coincidir com o ano civil. No Brasil, atualmente, existe essa coincidência, por força do art. 34 da Lei 4.320/1964 "O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.". (BRASIL, 1964).

A obediência ao princípio da anualidade para a estimativa de receitas e as autorizações de despesas, encontra previsão expressa no art. 2 da Lei n.º 4.320/1964: "A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios da unidade, universalidade e anualidade". (BRASIL, 1964).

Ressalta-se que o princípio da anualidade orçamentária não pode ser confundido com o antigo princípio da anualidade tributária, que estava presente na Constituição de 1946. A anualidade orçamentária diz respeito ao período de vigência orçamento. Já a anualidade tributária, que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não admitia a cobrança de tributo em cada exercício sem prévia autorização na lei orçamentária anual (LOA).

Por fim, Alexandrino e Paulo (2015, p. 973) enfatizam que " [...] o Plano Plurianual (PPA), que tem duração de quatro anos, não contraria o princípio da anualidade, haja vista que o PPA constitui mero plano estratégico, que será, posteriormente, materializado, em leis orçamentárias anuais."

3.1.2 Princípio da universalidade

O princípio da universalidade encontra previsão constitucional no art. 165, § 5.º, da Constituição Federal, o qual impõe que o orçamento contenha todas as receitas e despesas referentes ao ente público, englobando seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta.

Além de estar previsto na Constituição Federal, o referido princípio arts. 2, 3 e 4 da Lei n.º 4.320/1964. O primeiro dispositivo legal mencionado, expressa a necessidade da obediência ao princípio da universalidade para a estimativa de receitas e as autorizações de despesas. O segundo contempla o princípio ao estabelecer que "A lei do orçamento compreenderá todas as receitas [...]". Já o terceiro, contempla o princípio ao estipular que "A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar [...]". (BRASIL, 1964).

3.1.3 Princípio do orçamento bruto

O princípio do orçamento bruto impõe que as despesas e receitas sejam incluídas no orçamento pelos seus valores brutos, sem qualquer tipo de deduções. A finalidade deste princípio é impedir a inclusão de importâncias líquidas, ou seja, descontar as despesas a serem realizadas por outras entidades.

Isto porque, sem a observância desse princípio estaríamos contrariando o princípio da universalidade, anteriormente esmiuçado.

3.1.4 Princípio da unidade ou totalidade

O princípio da unidade ou da totalidade estabelece que o orçamento deve ser uno, isto é, para cada ente federado deverá existir apenas um orçamento por exercício financeiro, fundamentado em uma única política orçamentária e estruturado uniformemente.

Ressalta Alexandrino e Paulo (2015, p. 974) que:

Essa unidade orçamentária, porém, **não quer dizer "unidade documental"** (em um só documento), mas sim unidade finalística, de harmonização entre os diversos orçamentos, mesmo quando elaborados em documentos distintos. Assim, embora seja fato que hoje temos diferentes documentos orçamentários (orçamento fiscal, orçamento de investimento etc.), a unidade orçamentária deve ser obrigatoriamente assegurada pela compatibilização entre eles. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 974). **(grifo do autor)**

O referido princípio, já abrangido pelo art. 2 da Lei nº 4.320/1964, foi consagrado na Constituição Federal no § 5º do art. 165, que estabelece:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988)

Conforme mencionado inicialmente, o princípio da unidade também é titulado como princípio da totalidade. Isto porque, à medida que o disposto no § 5º do art. 165 da Constituição Federal, consagra o princípio aqui abordado, isso significa dizer a lei

orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social. Neste sentido, Paludo (2013, p. 42):

Também é denominado princípio da totalidade em face de ser composto pelos: Orçamento Fiscal; Orçamento de Investimento; Orçamento da Seguridade Social – e ao mesmo tempo consolidar os orçamentos dos diversos órgãos e Poderes de forma que permita a cada Governo uma visão geral do conjunto das finanças públicas. (PALUDO, 2013, p. 42).

3.1.5 Princípio da exclusividade

O princípio da exclusividade impõe que a lei orçamentária não poderá conter matéria estranha à previsão de receitas e à fixação das despesas. Evita-se, com isso, que a lei orçamentária contenha normas pertencentes a outros ramos jurídicos, sem pertinência com matéria orçamentária.

O princípio em questão encontra previsão no art. 165, § 8, da Constituição Federal, segundo o qual dispõe que:

§ 8 A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

Verifica-se que o dispositivo constitucional no qual está previsto o princípio, transcrito acima, expressa importante exceção ao princípio da exclusividade, que é a autorização para a abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

3.1.6 Princípio da quantificação dos créditos orçamentários

O princípio da quantificação dos créditos orçamentários está previsto no art. 167, VII, da Constituição, que dispõe que é vedada a “[...] a concessão ou utilização de créditos ilimitados”. (BRASIL, 1988).

Segundo Alexandrino e Paulo (2015, p. 975) “Esse princípio não admite exceções, ou seja, não há situação alguma na qual seja legítima a concessão ou a utilização de créditos ilimitados, sem valor determinado.”.

3.1.7 Princípio da especificação, especialização ou da discriminação

O princípio da especificação, especialização ou da discriminação impõe que as receitas e despesas sejam especificadas (discriminadas), demonstrando a origem e a aplicação dos recursos.

Esse princípio está previsto no art. 5º da Lei n.º 4.320/1964 “A lei de orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no art. 20 e seu parágrafo único”. Também encontra amparo legal no § 1º do art. 15 da Lei n.º 4.320/1964: “Na lei de orçamento a discriminação da despesa far-se-á no mínimo por elementos; § 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a Administração Pública para consecução dos seus fins.”. (BRASIL, 1964) Além da exceção expressa no art. 5 referente ao art. 20, parágrafo único, da Lei nº 4320/1964 (BRASIL, 1964) que trata sobre “Os programas especiais de trabalho que, por sua natureza, não possam cumprir-se subordinadamente às normas gerais de execução da despesa poderão ser custeadas por dotações globais, classificadas entre as Despesas de Capital.”, também configura como exceção a este princípio, art. 5º, III, b, da LRF, que trata da reserva de contingência, que é uma dotação global para atender a passivos contingentes e outras despesas imprevistas.

3.1.8 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é um dos princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, cuja previsão expressa neste sentido encontra-se no art. 37 da Constituição Federal. Entretanto, este princípio configura diretamente como princípio orçamentário pelo disposto no art. 165, § 3º “O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, o relatório resumido da execução orçamentária”. (BRASIL, 1988).

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal no ano de 2000, esse princípio passou a ser fortalecido por vários dispositivos da lei complementar. Ressalta-se que esta norma legal é pautada pelo princípio da transparência, que será estudado com mais afinco posteriormente neste trabalho, podendo os itens da LRF serem cobrados dentro do princípio da publicidade ou separadamente como princípio da transparência. “A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação de lisura dos atos praticados [...]” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 315-316)

Em suma, o princípio da publicidade encontra uma vertente orçamentária, porque as decisões envolvendo matéria orçamentária devem ser publicadas em órgão da imprensa oficial, a fim de permitir o controle, a fiscalização da aplicação dos recursos da sociedade.

No que tange a finalidade da publicação, preconiza Paludo, (2013, p. 44):

A publicação torna mais transparente o montante, a destinação e a utilização dos créditos orçamentários, e demonstra: onde, como, em que e para que foram utilizados os recursos públicos, e quais os resultados obtidos e facilita a fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade. (PALUDO, 2013, p. 44).

3.1.9 Princípio da legalidade

Temos aqui outro princípio fundamental que norteia a Administração Pública, cuja previsão expressa neste sentido encontra-se no art. 37 da Constituição Federal. O princípio da legalidade na vertente orçamentária exige que o gestor público observe os preceitos e normas legais aplicáveis à arrecadação de receitas e à realização de despesas.

Em suma, este princípio impõe que todas as leis orçamentárias e os créditos adicionais devem ser veiculados por leis ou atos equivalentes, como a medida provisória, no caso dos créditos extraordinários.

3.1.10 Princípio da não afetação de receitas

O princípio da não afetação de receitas está previsto no art. 167, IV, da Carta Magna (BRASIL, 1988) cujo dispositivo estabelece tanto qual é a prática vedada, como as exceções a aplicação do princípio.

V - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, 1988).

3.1.11 Princípio da programação

O princípio da programação determina que o orçamento seja estruturado em programas, que "[...] deve evidenciar os programas de trabalho, servindo como instrumento de administração do Governo, facilitando a fiscalização, gerenciamento e planejamento. Todas as despesas são inseridas no Orçamento sob a forma de programa." (PALUDO, 2013, p. 45-46).

3.1.12 Princípio da clareza

O princípio da clareza dita que o orçamento público seja apresentado em linguagem clara e compreensível a todas as pessoas que tenham interesse em matéria orçamentária.

Traz implícita a finalidade de facilitar o controle social, proporcionando a todos sua compreensão mediante uma linguagem facilitada.

3.1.13 Princípio do equilíbrio orçamentário

O princípio do equilíbrio orçamentário tem por preocupação evitar um endividamento descontrolado do ente público, orientando que as despesas autorizadas não sejam superiores à previsão das receitas, ou seja, o déficit orçamentário.

Este princípio encontra respaldo somente na Lei de Responsabilidade Fiscal, já que a Constituição Federal vigente não impõe a obrigatoriedade de observância do equilíbrio orçamentário, ou seja, o texto constitucional não veda, expressamente, o desequilíbrio orçamentário.

3.1.14 Princípio da proibição do estorno

O princípio da proibição do estorno está presente na Constituição Federal de 1988, no inciso VI do art. 167, que veda a “[...] transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.”. (BRASIL, 1988).

Observe que esse princípio não tem natureza absoluta, haja vista que a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos são permitidos, desde que haja prévia autorização legislativa.

3.3 O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

No Brasil, a Constituição Federal trata nos incisos de I a III do art. 165 sobre o princípio e sistema de planejamento orçamentário, o qual constitui-se de três leis de iniciativa do poder executivo que se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e a Lei Orçamentária Anual (LOA). (BRASIL, 1988).

A Lei do Plano Plurianual (PPA) é aquela que estabelecerá “[...] de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”. (BRASIL, 1988).

No que diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), nos termos do parágrafo 2º, parágrafo 5º e incisos do art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), respectivamente, compreenderá:

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação

tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu Art. 165, § 9º (BRASIL, 1988), que cabe a lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamentária Anual e estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração Direta e Indireta, bem como condições para instituição e funcionamento de fundos.

Entretanto, até o momento não foi elaborada nenhuma lei complementar que trate de todos os temas relacionados, mas a Lei n. 4.320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF regulam diversos dos aspectos relacionados na Carta Magna. A Lei n. 4.320/64, apesar de originalmente ter sido aprovada como lei ordinária, possui *status* de lei complementar, só podendo ser alterada por norma de mesma categoria.

Sendo assim, enquanto não for produzida a lei complementar mencionada acima, a elaboração das leis dispostas nos incisos de I a III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), obedecem às normas do § 2º e seus incisos do Art. 35 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs), que determinam:

§ 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa. (BRASIL, 1988).

Segundo Azevedo e Aquino (2016, p.65), é possível explicar que anteriormente ao modelo criado pela Constituição Federal de 1988, com as de três leis (PPA-LDO-LOA), o planejamento praticamente inexistia no setor público brasileiro. O instrumento mais próximo de planejamento era o chamado Orçamento Plurianual de Investimentos (OPI), que tinha vigência para 3 anos, e previa dotações como despesa de capital, sem definição de metas.

Já a Lei de Responsabilidade Fiscal tem a ação planejada como um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal, a qual suas normas de finanças públicas são voltadas, destina o capítulo III para tratar especificamente sobre o planejamento. Formado inicialmente por 4 (quatro) seções, faremos algumas observações a respeito de cada uma (BRASIL, 2000):

a) Seção I- Do Plano Plurianual: era para ser formada pelo art. 3, mas o dispositivo foi objeto de veto pelo Presidente da República, sob o argumento de o prazo aprovado no Senado Federal, que previa a antecipação, em cento e vinte dias do prazo para remessa da proposta do PPA ao Legislativo (até o final de maio), entre outras exigências, era exíguo e, inviabilizaria o aperfeiçoamento metodológico do PPA, bem como a seleção mais criteriosa de programas e ações prioritárias de governo; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 16).

b) Seção II- Da Lei de Diretrizes Orçamentárias: formada pelo art.

4, o dispositivo legal atribui ao instrumento de planejamento orçamentário LDO novas e importantes funções, além das já mencionadas no §2º do art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entre elas: dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas; estabelecer critérios e formas de limitação de empenho, na ocorrência de arrecadação da receita inferior ao esperado, de modo a comprometer as metas de resultado primário e nominal previstas para o exercício; dispor sobre o controle de custos e avaliação dos resultados dos programas financiados pelo orçamento; disciplinar as transferências de recursos a entidades públicas e privadas; quantificar o resultado primário a ser obtido com vistas à redução do montante da dívida e das despesas com juros; estabelecer limitações à expansão de despesas obrigatórias de caráter continuado.; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 17).

c) Seção III- Da Lei Orçamentária Anual: Formada pelos arts. de 5 a 7, também atribui novas funções ao instrumento de planejamento orçamentário LOA, dos quais destacam-se: O demonstrativo da compatibilidade da programação do orçamento com as metas da LDO previstas no respectivo Anexo de Metas Fiscais; A previsão da reserva de contingência, em percentual da RCL, destinada ao pagamento de restos a pagar e passivos contingentes, além de outros imprevistos fiscais; A LOA deverá apresentar as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual e respectivas receitas, sendo o refinanciamento da dívida (e suas receitas) demonstrado de forma separada, tanto na LOA como nas leis de créditos adicionais.; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 19).

d) Seção IV- Da Execução Orçamentária e do Cumprimento das Metas: Formada pelos arts. de 8 a 10. O art. 8 trata sobre o prazo para o Poder Executivo estabelecer a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso; Já o art. 9º prevê o chamado “contingenciamento de dotações” que é a limitação de empenho e movimentação financeira, nos trinta dias subsequentes, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar as metas de resultado primário ou nominal estabelecidos para o exercício; e o art. 10 faz menção ao procedimento orçamentário e financeiro para a elaboração da ordem cronológica para pagamento de precatórios, nos termos da CF. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 20).

3.4 DA TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal destina um capítulo sobre o tema, com o título “Da Transparência, Controle e Fiscalização” (artigos 48 a 59).

Conforme já mencionado neste presente trabalho, a transparência é considerada um princípio de gestão fiscal. Este princípio foi introduzido pela LRF, e tem como finalidade, dentre outras, disponibilizar ao público acesso a informações relativas às atividades financeiras dos entes públicos e estabelecer, de forma clara e previamente estabelecida, os procedimentos necessários à divulgação dessas informações. Este princípio vem de encontro com o princípio constitucional da publicidade, mas ultrapassa o seu significado. Para efeito da LRF (BRASIL, 2000), consideram-se instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público:

- a) Os planos, orçamentos e leis orçamentárias; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária;
- b) As prestações de contas e o respectivo parecer prévio e suas versões simplificadas;
- c) O incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
- d) A liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;
- e) A adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União;
- f) A disponibilização a qualquer pessoa física ou jurídica ao acesso à informação quanto à:
 - 1) receita, seu lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários e,

2) despesa todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado.

A transparência como princípio da gestão fiscal, aparece inicialmente na Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 48, o qual foi regulamentado pela Lei Complementar 131, de 27 de maio de 2009, a “Lei da Transparência”:

Na acepção de Paludo (2013, p. 44), “[...] os itens da LRF tanto podem ser cobrados dentro do princípio da publicidade ou separadamente como princípio da transparência – e visam criar condições para o exercício do controle social sobre os gastos públicos.”

Para Mendes (2012, p. 395) “O princípio da transparência ou da clareza foi estabelecido pela Constituição de 1988 como pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à ideia de segurança orçamentária”.

No que diz respeito ao controle e a fiscalização, a LRF estabelece que a prestação de contas é de fundamental importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

O controle mencionado no art. 31 da Constituição Federal já foi abordado neste trabalho no subcapítulo 2.2. Já no caso da LRF, a própria lei complementar é um instrumento de controle em si, haja vista que tem ele como uma de suas finalidades. Afere-se a importância do controle para ela, pela quantidade de vezes que a palavra “controle” surge em seus dispositivos.

Apesar de não constar no título do capítulo da LRF abordado aqui, ele disciplina sobre as prestações de contas em sua seção V (arts. 56 a 58), que são também métodos de controle. Em suma, os pontos mais relevantes desta seção estabelecem que:

- a) Na prestação de contas do chefe do Poder Executivo serão incluídas também as contas dos Presidentes dos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, e do chefe do Ministério Público, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas (art. 56, LRF).
- b) Nos termos do art. 57, da LRF, o parecer prévio deve ser conclusivo e emitido no prazo de 60 dias, exceto para os Municípios que não sejam capitais e que tenham menos de duzentos mil habitantes, em que o prazo será de cento e oitenta dias. Destaca-se que, enquanto houver contas pendentes de parecer prévio, o Tribunal de Contas não pode entrar em recesso.
- c) A prestação de contas deverá demonstrar o desempenho da arrecadação em relação à previsão, evidenciando as providências adotadas na fiscalização das receitas e no combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, e ainda, as demais medidas para incremento

das receitas tributárias e de contribuições (art. 58, LRF).

A fiscalização da gestão fiscal determina que o titular do controle é o Poder Legislativo, contudo, ele é auxiliado pelos Tribunais de Contas. Isso não exclui o controle interno de cada órgão ou entidade, que deve, diante da constatação de algum desvio, comunicar o controle externo, sob pena de responsabilidade solidária. Ainda, os incisos e parágrafos do art. 59 da LRF, enfatizam o cumprimento das normas referentes:

[...] I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23; IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar; VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver. § 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem: I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º; II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite; III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites; IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei; (BRASIL, 2000).

3.5 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

O princípio da Responsabilidade nada mais é do que o dever maior de qualquer gestor arrecadar o máximo permitido em lei e só gastar até o limite de sua receita, obedecendo aos parâmetros fixados por lei.

Este princípio encontra-se expresso na LRF, em seu art. 11, que estabelece “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação”.

3.6 APURAÇÃO DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL)

O conceito de receita corrente líquida (RCL) encontra-se expresso no inciso IV do art. 2 da LRF (BRASIL, 2000) e preceitua que é “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos [...]”. A LRF adota a RCL como parâmetro para “[...] verificação de recursos, para o cumprimento de metas em geral, e para estabelecimento de limites para despesas com pessoal e endividamento, compatível com a responsabilidade fiscal exigida por essa lei.” (PALUDO, 2013, p. 323).

As deduções que devem ser efetuadas para a apuração da RCL estão previstas nas alíneas a, b e c do inciso IV do art. 2º da LRF, bem como observações para a sua apuração no nos §§ de 1 a 3. As deduções do cálculo da RCL, no caso dos municípios são:

- a) As contribuições dos Servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social;
- b) As receitas provenientes da compensação financeira entre o regime Geral de previdência e o Regime Próprio dos Servidores Públicos;
- c) Os valores do FUNDEB (já estão inclusos no FPM, ICMS, IPI-exp., ITCMD, IPVA e ITR).

A respeito do FUNDEB, ressalta Paludo (2013, p. 324):

Importante lembrar que o FUNDEB adota uma sistemática específica para a arrecadação e distribuição dos recursos. Os recursos que compõem esse fundo são oriundos de percentuais incidentes sobre outras receitas como FPE, FPM, ICMS, IPVA etc., que já integram o cálculo da RCL pelos seus valores brutos. Como os recursos do Fundeb devem também compor a base de cálculo da receita corrente líquida tem-se o caso de duplicidade: o mesmo recurso ingressando duas vezes na base de cálculo. Como o § 3º do art. 2º da LRF determina que sejam excluídas as duplicidades, deve ser excluído da base de cálculo o valor correspondente ao valor pago do FUNDEB (inclui o valor recebido e exclui o valor pago). (PALUDO, 2013, p. 324).

Para Cruz (2015, p. 100) “As receitas correntes constituem a principal categoria econômica de receitas dos municípios e são base para o cálculo da Receita Corrente Líquida, a qual foi definida pela LRF como parâmetro para acompanhamento dos limites fiscais.”.

3.7 OS LIMITES DA DESPESA COM PESSOAL

Os limites para as despesas com pessoal foram regulamentados na LRF para cumprir o disposto no art. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim dispõe: “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

A respeito desta preocupação constitucional de impor esses limites, explica Paludo (2013, p. 330), que:

O motivo dessa preocupação constitucional, e da exigência de lei complementar para cuidar da matéria, é que as despesas com pessoal disputam com a dívida pública quanto ao maior item de despesa no setor público, mas com um agravante – a dívida pode ser reduzida ou mesmo paga – e as despesas com pessoal perduram durante toda a vida do servidor e continuam com seus pensionistas. Além disso, os gastos excessivos com pessoal em muitos estados e municípios, na época de elaboração da LRF, eram superiores aos limites fixados pela lei, chegando, em alguns casos, a ultrapassar a própria receita corrente líquida do ente público.

A Lei de Responsabilidade Fiscal conceitua no *caput* do art. 18 despesa total com pessoal como sendo:

[...] o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. (BRASIL, 2000).

São computados na despesa total com pessoal, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos. A apuração dos gastos com pessoal será feita com base em um período de 12 meses, somando-se o mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores.

Os Municípios não podem ultrapassar o limite de despesas com pessoal de 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida, sendo 6% (seis por cento) para o

Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; e 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo (arts. 19, III, e 20, inciso III, alíneas a e b, LRF).

Para os Municípios, não serão computadas no limite das despesas de pessoal dispostas nos incisos I, II, IV e VI e suas alíneas *a*, *b* e *c*, do § 1º do art. 19 da LRF (BRASIL, 2000):

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

[...]

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

[...]

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro. (BRASIL, 2000).

O art. 21 da LRF (BRASIL, 2000) com nova redação dada e inclusões de regras pela Lei Complementar 173/2020, que será abordada no subcapítulo 3.9, considera nulo de pleno direito:

Art. 21. É nulo de pleno direito: (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20; (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020) (BRASIL, 2000).

Segundo o art. 22 da LRF (BRASIL, 2000) "A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.". Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, tratado como limite prudencial, são vedados ao Poder ou órgão que houver incorrido no excesso, nos termos dos incisos do § único do mesmo mencionado neste parágrafo:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias. (BRASIL, 2000).

Em caso da despesa total com pessoal do Poder ou órgão, ultrapassar os limites definidos, sem prejuízos das demais medidas expressas no art. 22 e transcritas acima, o

percentual excedente deverá ser eliminado nos dois quadrimestres subsequentes, condicionado a redução de pelo menos um terço no primeiro, aderindo, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim dispõe:

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - exoneração dos servidores não estáveis. (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

A LRF estabelece, ainda, que no caso de o Poder ou órgão ultrapassar os limites da despesa de pessoal, seria possível a redução de vencimentos dos servidores como uma das providências para a redução do percentual excedido, seja pelo disposto no § 1º do art. 23 “no caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, ou no § 2º do mesmo art. “é facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.”. Entretanto, esses dispositivos são objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF nº 2.238-5, que suspendeu a aplicação dos dispositivos por decisão liminar em 2012.

Não sendo efetuada a redução no prazo estabelecido, enquanto perdurar o excesso, ao Poder ou órgão serão impostas as sanções institucionais previstas na LRF. As sanções institucionais tem natureza financeira e, atingem o próprio ente federativo, órgão ou poder que descumprir uma regra que lhe foi imposta em matéria financeira. Essas

sanções correspondem à interrupção de transferências voluntárias, ao impedimento de obter garantia, direta ou indireta, de outro ente e a impossibilidade para contratar operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. A respeito da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes na LRF, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social. (Arts. 23, § 3º e 25 §3º, LRF).

A Lei Complementar 164/2018, incluiu no art. 23 da LRF uma exceção as regras para o cumprimento dos limites de despesas com pessoal, retirando as restrições aos municípios no caso de o limite ser ultrapassado por queda na arrecadação, com produção de efeitos a partir do exercício financeiro de 2019:

§ 5º As restrições previstas no § 3º deste artigo não se aplicam ao Município em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a: (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

II – Diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo só se aplica caso a despesa total com pessoal do quadrimestre vigente não ultrapasse o limite percentual previsto no art. 19 desta Lei Complementar, considerada, para este cálculo, a receita corrente líquida do quadrimestre correspondente do ano anterior atualizada monetariamente. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018) (BRASIL, 2000).

Atualmente, com a aplicação dessas regras da LRF estudadas aqui a respeito da despesa total com pessoal, é possível identificar que uma parcela significativa dos Municípios vem enfrentando dificuldades para cumprirem os limites impostos. É o caso de 162 prefeituras paulistas, segundo dados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) com base nos dados do último quadrimestre/2019. Ressalta-se que dos 644 Municípios jurisdicionados, 219 descumpriram os prazos estabelecidos, o que torna a situação ainda mais preocupante. O TCESP (2020) detalha:

Limite de Alerta

Do total das Prefeituras, 104 atingiram o chamado Limite de Alerta – 90% dos 54% permitidos para gastos com pessoal. De acordo com a LRF, esses municípios terão que fazer adaptações e remanejamentos, como: reduzir as despesas com cargos em comissão e de confiança; exonerar servidores não estáveis e evitar contratações não fundamentais.

Limite Prudencial

O balanço do último quadrimestre de 2019 também mostra que as despesas totais com pessoal de 45 administrações municipais excederam 95% do permitido (conhecido como Limite Prudencial), o que significa que já atingiram entre 51,3% e 54% da RCL.

Em consequência, as vedações a esses entes incluem concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração; criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura de carreira que implique em aumento de despesa; provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal; além de contratação e pagamento de hora extra.

Acima de 100%

A situação mais grave encontrada está em 13 Prefeituras do Estado, uma vez que ultrapassaram 100% dos limites definidos pela LRF. Isso os obriga a cumprir uma série de exigências: extinguir cargos e funções, reduzir temporariamente a jornada de trabalho, deixar de receber transferências voluntárias ou obter garantia – direta ou indireta –, e não fazer contratação de operações de crédito, exceto em relação a refinanciamento da dívida mobiliária e que vise à redução das despesas com pessoal. (TCESP, 2020)

3.8 AS VEDAÇÕES IMPOSTAS ÚLTIMO ANO DE MANDATO

A LRF apresenta como objetivo básico a melhoria da administração das contas públicas, e nesta acepção apresenta vedações no último ano de mandato como mecanismos próprios de controle das finanças públicas. Essas vedações são referentes a:

Despesas com Pessoal: Ato que resulte em aumento da despesa com pessoal, expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do

mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 (art. 21, II, da LRF).

Operações de Crédito (AROs): Contratar operação de crédito por antecipação de receita – ARO (art. 38, inciso IV, alínea "b", da LRF).

Demais Operações de Crédito: O Senado Federal, órgão competente para fixar limites e condições para Operações de Crédito (art. 32, §1º, III, da LRF), veda a contratação de operação de crédito nos 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato, excetuando o refinanciamento da dívida mobiliária, as operações já autorizadas pelo Senado Federal antes desse período.

Restos a Pagar: Contrair, nos dois últimos quadrimestres do mandato, obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (art. 42 da LRF).

3.9 DA CALAMIDADE PÚBLICA

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê algumas excepcionalidades em relação a aplicação de determinadas regras impostas por ela em caso de ocorrência de calamidade pública, desde que reconhecida pelo legislativo federal, no caso da União, ou estadual, no caso dos Estados e Municípios.

Estabelece o art. 65 da LRF (BRASIL, 2000) que:

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I – serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70;

II – serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou

na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) contratação e aditamento de operações de crédito; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) concessão de garantias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

c) contratação entre entes da Federação; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

d) recebimento de transferências voluntárias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - aplicar-se-á exclusivamente: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020) (BRASIL, 2000)

Antes de discorrermos sobre quais são essas disposições que tem a contagem de prazos suspensas, o que passa a ser dispensado e as inovações trazidas pelo advento da Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, é importante compreendermos o que é a calamidade pública e, para tanto precisamos conceituar também desastre e situação de emergência. No Brasil, tais conceitos estão expressos nos incisos de II a IV do art. 2º do Decreto 7.257, de 04 de agosto de 2010 (BRASIL, 2010), que assim dispõe:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: [...]

II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; (BRASIL, 2010).

Nota-se no conceito dos dois últimos que ambos são decorrentes de um desastre que provoca uma situação atípica, causando danos e prejuízos que implicam o comprometimento da capacidade de resposta do poder público do ente atingido, mas na situação de emergência esse comprometimento é parcial enquanto no estado de calamidade pública é substancial. Portanto, a distinção entre os dois está na proporção dos danos e prejuízos decorrentes do desastre, sendo que no estado de calamidade pública eles são mais graves.

Uma vez compreendido o que é calamidade pública, vamos abordar quais são as excepcionalidades dispostas nos incisos do art. 65 transcritos anteriormente.

No que diz respeito a suspensão dos prazos mencionada no inciso I, elas se referem a contagem dos prazos do art. 23 da LRF para reduzir as despesas de pessoal, conforme já abordado no subcapítulo 3.7, não ficando também o Ente impedido de receber transferências voluntárias e obter garantia de outro Ente; do art. 31 da LRF que dispõe sobre o prazo de recondução até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro, caso a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapasse o respectivo limite ao final de um quadrimestre, não ficando também o Ente impedido de realizar operações de crédito; do art. 70 da LRF que foi aplicável até dois exercícios seguintes ao da publicação da LC 101/2000 para os Entes que estavam com a despesa total com pessoal no exercício anterior a ela acima dos limites estabelecidos no arts. 19 e 20 da mesma legislação.

Conforme já mencionado, além das suspensões de prazos detalhadas no parágrafo anterior, com o reconhecimento da calamidade pública pelo Congresso Nacional ou Assembleia Legislativa, a depender do caso, nos termos do inciso II do dispositivo legal, passam a ser dispensadas as exigências do art. 9 da LRF que trata da avaliação do cumprimento das metas fiscais; e a adoção dos limites de empenho (contingenciamento) das despesas em caso não atingimento das metas fiscais.

Como pode-se observar na transcrição do art. 65 da LRF constante no início deste subcapítulo, os § de 1 a 3, juntamente com seus incisos e alíneas foram incluídos pela Lei Complementar 173/2020, a qual estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Em suma, nota-se pela própria ementa da Lei Complementar, que essa alteração da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, especialmente no que diz respeito as excepcionalidades do estado de calamidade pública, se fez necessária tendo em vista que nos termos atuais, o estado de calamidade pública reconhecido até 31 de dezembro de 2020, por meio do Decreto Legislativo 6/2020, publicado em 20 de março, é inédito em nível federal.

Isto porque atualmente vivenciamos uma pandemia com o surgimento e disseminação pelo mundo da Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). O Brasil teve seu primeiro caso da doença confirmado em 26 de fevereiro de 2020. Desde então os números de casos confirmados e óbitos não param de crescer. Por se tratar de uma doença de alto índice de contágio, a OMS (Organização Mundial da Saúde) recomenda o isolamento social como a alternativa de combate a Covid-19 mais eficaz.

Diante desse cenário narrado acima, os representantes do Poder Executivo brasileiro nas três esferas da federação, em consonância com os demais estados nacionais, subnacionais e organismos internacionais, iniciaram medidas visando a contenção da disseminação da doença e diminuir os impactos negativos na saúde da população e na economia, tendo em vista que em casos mais graves da mesma, é necessária a ajuda de respiradores mecânicos, e o SUS (Sistema Único de Saúde) não consegue suprir a demanda em caso de contaminação em massa da população brasileira, o que pode acarretar no colapso do sistema e levar muitas pessoas ao óbito por falta do equipamento.

Apesar de todos os esforços dos governos, os números de casos da doença no Brasil continuam avançando, conforme já mencionado, fazendo com que as medidas de contenção da doença como o isolamento social continuem sendo impostas, com limitações das atividades comerciais, o que automaticamente eleva os gastos do poder público, pois tem que auxiliar financeiramente empresários e funcionários que tem suas fontes de rendas comprometidas, sem contar a necessidade do aumento no investimento na saúde pública do país para atender a demanda de brasileiros contaminados, e conseqüentemente tenha uma queda na arrecadação tributária, haja vista que com a maior parte do comércio impossibilitado de desenvolver suas atividades da início a uma crise econômica sem precedentes atuais. Entretanto, apesar do impacto na economia, a prioridade é preservar e proteger a vida.

Todas essas situações elencadas em relação ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, fez com que as excepcionalidades trazidas no art. 65 da LRF ficassem em evidência e necessitassem de ser aplicadas a nível nacional, como já dito anteriormente. Com isso, os legisladores federais vislumbraram a necessidade de estabelecer mais regras e aumentar as dispensas dos limites e afastamentos das vedações e sanções impostas pela LRF no caso de ter a ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, através da Lei Complementar 173/2020.

Sendo assim, além das suspensões da contagem de prazos e dispensas previstas nos incisos I e II do *caput* art. 65 da LRF, de acordo com o § 1º e seguintes do mesmo dispositivo legal, prevê a suspensão de diversos dispositivos da LRF na ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, conforme pode-se observar na transcrição no início deste subcapítulo.

Dentre os dispositivos da LRF suspensos na hipótese descrita no § 1º do art. 65 da LRF, é importante detalhar de quais se tratam os citados nos incisos II e III, haja vista que o inciso I já tem as situações dispostas em suas alíneas.

O inciso II do §1º do art. 65, passa a dispensar os limites e afastar as vedações e sanções previstas e decorrentes dos seguintes dispositivos da LRF que:

- a)** Veda a realização de operação de crédito entre os Entes (art. 35, LRF);
- b)** Estipula quais são as ações que equiparam-se a operações de créditos e estão vedadas, dentre elas: antecipação de receita de tributo ou tributação, antes da ocorrência do seu fato gerador; antecipação de valores por empresa estatal, com exceção de lucros e dividendos; assunção de obrigação sem autorização orçamentária com fornecedores de bens e serviços para pagamento posterior; assumir compromisso com fornecedor de bens ou mercadorias mediante a emissão de aceite ou aval de títulos de crédito (art. 37, LRF);
- c)** Veda ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (art. 42, LRF).

Além disso, será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8 da LRF que assim dispõe "os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso" (BRASIL, 2000), desde que os recursos sejam destinados ao combate da calamidade pública.

Por fim, o inciso III do §1º, do art. 65 da LRF permite também o afastamento das condições e vedações previstas nos artigos 14, 16 e 17 da LRF, ou seja, ficam afastadas as exigências de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão referentes a:

- a) incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, prevista no art. 14 da LRF;
- b) ação governamental que acarrete aumento da despesa, prevista no art. 16 da LRF;
- c) atos que criarem ou aumentarem despesa obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, conforme art. 17 da LRF.

3.10 CONCEITOS BÁSICOS DOS PRINCIPAIS PONTOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL QUE NÃO FORAM ABORDADOS

A receita pública sempre deverá ser prevista. É por meio dela que o Estado realiza suas atividades. Por isso, constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Agora, em relação aos impostos, caso alguma entidade da Federação não institua todos os seus impostos, ela fica proibido de receber transferências voluntárias de outra entidade da Federação.

No que tange a despesa pública, a regra básica da LRF (art. 15), diz que para todo e qualquer aumento de despesa pode ser assim traduzida: toda e qualquer despesa que não esteja acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos três primeiros exercícios de sua vigência, da sua adequação orçamentária e financeira com a LOA, o PPA e a LDO e, no caso de despesa obrigatória de caráter continuado, de suas medidas compensatórias, é considerada: não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

Já sobre as transferências voluntárias, o breve capítulo V da LRF estabelece as condições para a realização das transferências voluntárias de recursos entre os entes da Federação, mais ou menos na linha de procedimento que já era adotada pelo Governo Federal, ao longo da última década. As transferências voluntárias compreendem a entrega de recursos correntes e de capital, de um ente para outro, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, com exceção daqueles que decorram de determinação constitucional, legal ou destinados ao SUS. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 33).

A operação de crédito é o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação.

Receitas de capital são as que aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e são instrumentos de financiamento dos programas e ações orçamentários, a fim de se atingirem as finalidades públicas. Porém, de forma diversa das receitas correntes, as receitas de capital em geral não provocam efeito sobre o Patrimônio Líquido. De acordo com o §2º do art. 11 da Lei nº 4.320/1964, receitas de capital são as provenientes tanto da realização de recursos financeiros oriundos da constituição de dívidas e da conversão, em espécie, de bens e direitos, quanto de recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado e destinados a atender despesas classificáveis em despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente.

No que diz respeito as receitas correntes, estas são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado, em geral com efeito positivo sobre o Patrimônio Líquido e constituem instrumento para financiar os objetivos definidos nos programas e ações correspondentes às políticas públicas. De acordo com o §1º do art. 11 da Lei nº 4.320/1964, classificam-se como correntes as receitas provenientes de tributos; de contribuições; da exploração do patrimônio estatal (patrimonial); da exploração de atividades econômicas (agropecuária, industrial e de serviços); de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes (transferências correntes); por fim, demais receitas que não se enquadram nos itens anteriores (outras receitas correntes).

CAPÍTULO IV – A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Inicialmente, abordaremos o direito à saúde, que encontra-se expresso na Constituição Federal de 1988 no título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, art. 6º (BRASIL, 1988) o qual estabelece que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.

A Carta Magna também trata do direito a saúde, definindo como deve ser a universalidade, no art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) “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 a promoção, proteção e recuperação.”.

A efetivação deste direito social constitucional vai criando forma com o vigor da Lei nº 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) e, determinou a criação das políticas públicas de saúde. A implantação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiro veio o SUDS; depois, a incorporação do Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) ao Ministério da Saúde (Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990); e por fim a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), já mencionada. O INAMPS só foi extinto em 27 de julho de 1993 pela Lei nº 8.689.

No Brasil, apesar da expressa previsão constitucional, existem inúmeras dificuldades para se efetivar com eficiência a aplicação dos direitos sociais, especialmente o da saúde. Esse fator corrobora para que, os cidadãos, venham, cada vez mais, recorrendo ao Poder Judiciário em busca da efetivação desses direitos. A partir de então, passou-se ao embate sobre o tema: judicialização da saúde, ou judicialização da política social.

No que tange aos direitos sociais, importante ressaltar que possuem uma estrutura complexa, haja vista que, são ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos e, se torna complicado opinar sobre isso.

De acordo com Mendes e Branco (2017, p. 626):

O processo de judicialização individual é marcadamente assimétrico e, por isso, não logra universalizar os direitos que devem ser prestados pelo Estado. O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado, como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, um importante papel no sentido de estabelecer critérios para a concretização de direitos sociais. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 626).

Atualmente, as demandas judiciais relacionadas a saúde contra União, Estados e Municípios aumentam desenfreadamente, exigindo o redimensionamento e adequação de recursos para o cumprimento das decisões judiciais que, via de regra, são concedidas através de tutelas provisórias com prazos exíguos e previsão de multas em valores elevados em caso de não cumprimento da determinação, que obrigam, na maioria das vezes, os Entes Federados a passarem por cima de diversos deveres legais para atender a determinação.

A respeito do impacto no planejamento e orçamento do SUS, Anjos et al (2019, p.17):

A judicialização da saúde tem incidido praticamente sobre a totalidade dos objetos técnicos em saúde conduzidos pelos entes federados, com impacto sobre o planejamento e a orçamentação do SUS, além de gerar, em outro sentido, a consolidação de entendimentos e jurisprudências que afetam o sistema jurídico, o sistema público de saúde e o interesse dos sujeitos ampla e indistintamente. (ANJOS, 2019, p.17)

Neste aspecto orçamentário e financeiro, os Municípios de pequeno porte são os que mais são afetados, mesmo cumprindo solidariamente com o Estado e a União em alguns casos. Isto porque existem fármacos, tratamentos e procedimentos médicos de

custos altíssimos, que proporcionalmente pesam muitos mais para esses Entes Federados que, em sua maioria, já contam com uma receita escassa.

No que diz respeito ao princípio da reserva do possível na judicialização da saúde, dificilmente ele tem mais força do que o princípio da garantia do mínimo existencial nas decisões do judiciário. Sobre estes princípios Alexandrino e Paulo (2015, p. 258-259) explanam que:

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de reserva do financeiramente possível, ou, simplesmente, reserva do possível. Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível. [...] De outro lado, temos o princípio da garantia do mínimo existencial, também postulado implícito na Constituição Federal de 1988, que atua como um limite à cláusula da reserva do financeiramente possível. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 258-259).

Essa realidade faz com que, ao atender a imposição do judiciário para a efetivação do direito social de um cidadão, custeando tratamento de saúde de alto custo, (que são os mais comuns nas demandas judiciais, haja vista que muitos não são contemplados na tabela SUS, pois caso contrário não seria necessário recorrer ao Poder Judiciário), que via de regra é de encargo da União, os Municípios percam ainda mais na eficiência da prestação de serviço público na área da saúde aos seus munícipes.

CAPÍTULO V – A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ A EXTINÇÃO DE MUNICÍPIOS PEQUENOS

5.1. DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 188, de 2019, intitulada PEC do Pacto Federativo, pretende alterar e acrescenta diversos dispositivos constitucionais, para realizar na República Federativa do Brasil, uma reforma administrativa.

Com a apresentação da proposta pelo Governo Federal ao Senado Federal em novembro de 2019, uma das medidas que mais surpreendeu, foi a de extinguir os Municípios de até cinco mil habitantes que não arrecadarem em receitas próprias, no mínimo, dez por cento da sua receita, conforme disposto na proposta no art. 6º, que estabelece que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passará, caso aprovado

a PEC nestes termos, a vigorar acrescido de diversos arts., dentre eles, o art. 115, que assim dispõe Brasil, (2019, p.16):

Art. 115. Os Municípios de até cinco mil habitantes deverão comprovar, até o dia 30 de junho de 2023, sua sustentabilidade financeira.

§ 1º A sustentabilidade financeira do Município é atestada mediante a comprovação de que o respectivo produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 da Constituição Federal corresponde a, no mínimo, dez por cento da sua receita.

§ 2º O Município que não comprovar sua sustentabilidade financeira deverá ser incorporado a algum dos municípios limítrofes, a partir de 1º de janeiro de 2025.

§ 3º O Município com melhor índice de sustentabilidade financeira será o incorporador.

§ 4º Poderão ser incorporados até três Municípios por um único Município incorporador.

§ 5º Não se aplica à incorporação de que trata este artigo o disposto no § 4º do art. 18 da Constituição Federal.

§ 6º Para efeito de apuração da quantidade de habitantes de que trata o caput, serão considerados exclusivamente os dados do censo populacional do ano de 2020. (BRASIL, 2019, p. 16).

5.2. OS CRITÉRIOS PARA A EXTINÇÃO DOS MUNICÍPIOS PEQUENOS

No subcapítulo anterior, com o resumo da proposta para extinguir os pequenos Municípios, demonstrando, portanto, os critérios utilizados na PEC do Pacto Federativo.

O critério demográfico, que estipula que um dos requisitos para se enquadrarem na proposta de extinção dos Municípios e incorporação a um dos limítrofes com melhor índice de sustentabilidade financeira, é possuir até cinco mil habitantes. Este critério adotado sozinho, extinguiria cerca de 1.252 Municípios e, 1.217 (97%), não atingiriam o limite de 10% dos impostos sobre suas receitas totais. (CNM, 2019)

Já a respeito do critério de arrecadação própria igual ou superior a dez por cento das suas receitas, aplicado separadamente ao demográfico, sobre a receita corrente dos 5.568 Municípios brasileiros em 2018, 4.585 (82%) ficaram abaixo deste limite, sendo um deles a capital Boa Vista/RR, que possui quase 400 mil habitantes, segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (CNM, 2019)

Em suma, esses dados demonstram que o critério de arrecadação própria de, no mínimo, dez por cento, não condiz com a realidade dos Municípios brasileiros, até porque conforme mencionado, dados indicam que 82% (oitenta e dois por cento) dos Municípios no Brasil, não atingem essa receita própria.

Além do mais, essa incorporação proposta, por um dos Municípios limítrofes prejudicará demasiadamente os habitantes desses Municípios, pois estão acostumados a ter uma prestação de serviços públicos de forma direta, mantendo uma relação mais íntima com o poder público municipal.

CONCLUSÃO

Os Municípios, principalmente os de pequeno porte, a prestação de serviços públicos é realizada de maneira bem mais direta e participativa para seus habitantes. Entretanto, o cenário econômico do país na última década corroborou para quedas significantes nas arrecadações tributárias nas três esferas de governo, fator que se refletiu em dificuldades para muitos Municípios honrarem seus compromissos, haja vista que suas despesas continuaram a aumentar.

Os controle e planejamentos eficientes são estratégias que devem ser adota pelas gestões públicas municipais, na tentativa de diminuir os reflexos da queda da arrecadação tributária. As administrações públicas precisam encontrar meios de enquadrar suas despesas ao que é de fato arrecadado, para não correr os riscos de terem aplicadas sanções pela Lei de Responsabilidade.

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é umas das principais fontes de rendas em Municípios de pequeno porte. Isso acontece por diversos fatores, desde a percepção de que os tributos que auferem maiores arrecadações não são de sua competência, a constatação de que, na maioria das vezes, os Municípios apresentam ineficiência na fiscalização e cobranças.

A LRF remove o Brasil de uma lista de países atrasados altamente considerados e tem um controle rigoroso sobre os recursos públicos. Juntamente disso, a LRF exige que os cumprimentos e os prazos dos gerentes públicos forneçam certos benefícios da conta da data.

Em termos de pesquisa, também inclui ferramentas que têm fundamentalmente a essência do administrador, o processo de ação e os procedimentos operacionais. Portanto,

a lei de responsabilidade fiscal e o princípio da transparência nos órgãos públicos, é visto como uma ferramenta para lidar com distorções administrativas e remover barreiras institucionais que impedem os procedimentos administrativos e a modernização.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) impõe limites ao Poder e órgãos públicos de maneira eficaz. Ao iniciar a pesquisa do presente trabalho, uma das ideias era questionar os limites impostos a respeito das despesas com pessoal dos Municípios. No decorrer dele, constatei a existência de dispositivo flexibilizado em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior.

Entretanto, os números de Municípios que estão dentro dos limites de alerta, prudencial ou ultrapassaram referentes ao último quadrimestre de 2019, apresentados nos dados do TCESP, demonstra que a imposição dos limites com o gasto de pessoal, são as mais difíceis para os gestores públicos municipais.

Além do mais, a LRF prevê excepcionalidades na aplicação de algumas de suas regras em caso de calamidade pública reconhecida pelo legislativo federal e estadual, a depender do caso, desde a sua publicação. Entretanto, diante dos percalços vivenciados pelo país em relação ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, fez com que os legisladores federais vislumbassem a necessidade de estabelecer mais regras e aumentar as dispensas dos limites e afastamentos das vedações e sanções impostas pela LRF no caso de ter a ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, através da Lei Complementar 173/2020.

Portanto, a LRF, apesar de aterrorizar os gestores públicos devido as suas sanções, acaba sendo uma importante ferramenta para a gestão pública consciente dos mesmos, trazendo maior eficácia a utilização dos princípios basilares da administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

ANJOS, Elisângela César dos Santos. **Judicialização da saúde no Brasil: uma revisão sistemática da literatura sobre o acesso a ações e serviços de saúde.** Tese de Doutorado, 2019

ARAÚJO, Inaldo; ARRUDA, Daniel. Contabilidade pública: da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAÚJO, Izabelly Kariny de; BRITO, Max Landro de Araújo de Araújo; JESUS, Andrea Cristina Santos de. **Tempos de crise na administração pública: percepção dos gestores do município de Cruzeta/RN.** Humanidades & Inovação, v. 7, n. 2, p. 290-299, 2020.

AZEVEDO, Ricardo Rocha de; AQUINO, André Carlos Busanelli de. **O planejamento em municípios de pequeno porte em São Paulo.** Revista de Contabilidade e Organizações, v. 10, n. 26, p. 63-76, 2016.

BONI, Adriane Fátima de. **O papel do controle interno na gestão pública municipal: Prefeitura de Augusto Pestana-RS.** 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27/02/2020.

BRASIL. Lei complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. (Lei de Responsabilidade Fiscal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 22/01/2020.

BRASIL. Lei complementar nº. 173, de 27 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 11/07/2020.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm> Acesso em: 09/04/2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 188, de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1576105226199&disposition=inline>> Acesso em: 22/01/2020.

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional. **O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União: Fundo de Participação dos Municípios FPM (novembro/2018).** Brasília: STN, 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_fpm.pdf> Acesso em: 09/04/2020.

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional; et al. **Relatório de atividades subgrupo de trabalho classificação das transferências da união**. Brasília: STN/MF, SOF e SLTI/MPOG; e CGU, 2015. Disponível em:

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/333563/pge_relatorio_class_transf.pdf>. Acesso em: 21/04/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. A Crise dos Municípios Brasileiros. Estudo Técnico. Brasília: CNM, 2017. Disponível em:

<https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/A_Crise_nos_Municipios_2out_2017.pdf> Acesso em: 22/01/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Gestão Municipal: Projetos em Ação 2018. Boas práticas compartilhadas para as Finanças Municipais. Brasília: CNM, 2018. Disponível em:

<[https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Gest%3a3o%20Municipal%20-%20Projetos%20em%20A%3a7%c3a3o%20\(2018\).pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Gest%3a3o%20Municipal%20-%20Projetos%20em%20A%3a7%c3a3o%20(2018).pdf)> Acesso em: 22/04/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Municípios que podem ser extintos de acordo com a PEC do pacto federativo. Brasília: CNM, 2019. Disponível em:

<https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/1217_Munic%C3%ADpios_Podem_Ser_Extintos.pdf> Acesso em: 23/04/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Nota sobre a proposta do governo federal de extinção de Municípios. Brasília: CNM, 2019. Disponível em:

<<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/nota-sobre-a-proposta-do-governo-federal-de-extincao-de-municipios>> Acesso em: 23/04/2020.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COUTO, Leandro Freitas. **A Crise do Covid-19, regras orçamentárias e suas interpretações: mudanças necessárias?**. 2020. Disponível em <

<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9835>>. Acesso em 12/07/2020.

CRUZ, Claudia Ferreira da. **Responsabilidade na Gestão Fiscal: um estudo em grandes municípios com base nos pilares da lei de responsabilidade fiscal no período de 2010-2013**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONTES, Denise. **A Importância do Incentivo a Capacitação dos Servidores Públicos e o Caso das Escolas de Governo**. 2018.

GONÇALVES, Gustavo Diogenes. Calamidade Pública no âmbito Financeiro: um estudo sobre a aplicabilidade do conceito e seus impactos na gestão e prestação de serviços públicos no Estado de Minas Gerais. 2018. Disponível em <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/121>>. Acesso em 11/07/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. Lei complementar no. 101/2000: entendendo a lei de responsabilidade fiscal. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, 2002. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 20/03/2020.

PALUDO, Augustinho Vicente. Orçamento Público, AFO e LRF Teoria e Questões. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAVANELLO, Mariangela; BENDER FILHO, Reisoli. **Análise da dependência dos municípios do Vale do Rio Pardo/RS aos recursos de transferência do FPM**. Economia e Desenvolvimento, v. 31, p. 14, 2019.

RESENDE, Antônio José Calhau De. **Autonomia municipal e lei orgânica**. Cadernos da Escola do Legislativo-e-ISSN: 2595-4539, v. 10, n. 15, p. 7-42, 2019.

RODRIGUES, Marcos; SILVA, David Costa Correia. **Concentração e dependência das transferências constitucionais nos municípios do Pará**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 25, n. 80, 2020.

SILVA, Lino Martins da. **Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973, v. 3.

STF, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2238**. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732> >. Acesso em: 22/04/2020.

TCESP, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Comunicado GP Nº 05/2020 Alerta aos Prefeitos – LC 101/00 (LRF) Inciso II do Art. 59, § 1º da LRF – Despesa com Pessoal 3º quadrimestre de 2019**. São Paulo: TCEsp, 2020. Disponível em: < <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/COMUNICADO%20GP%20-%202005-2020%20-%20DESPESAS%20COM%20PESSOAL%20-%20QUADRIMESTRAL%20-%20Publicac%CC%A7a%CC%83o.pdf> >. Acesso em: 22/04/2020.

TCESP, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Uma entre 4 Prefeituras fecha 2019 com gasto excessivo com pessoal**. São Paulo: TCEsp, 2020. Disponível em: < <https://www.tce.sp.gov.br/6524-entre-4-prefeituras-fecha-2019-com-gasto-excessivo-com-pessoal> >. Acesso em: 22/04/2020.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE INTERESSES DIFUSOS

PEDRO GOMES DA COSTA JÚNIOR:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA⁶¹

(orientador)

Resumo: O presente estudo teve por objetivo discorrer acerca das atribuições do Ministério Público, à luz do texto constitucional, na tutela dos interesses difusos, enquanto espécie dos interesses coletivos, descrevendo sua evolução histórica e principais conceitos, apresentando a legislação brasileira aplicável e os instrumentos administrativos e judiciais pertinentes ao tema em comento. Como objetivo subliminar procurou-se identificar em que circunstâncias se legitima a atuação do Ministério Público e os limites dessa intervenção na defesa dos interesses coletivos. Para tanto, procedeu-se com pesquisa bibliográfica, tomando como base os seguintes recursos: legislação, doutrina, jurisprudência dos tribunais superiores, além da apreciação de artigos publicados em periódicos, empregando-se o método indutivo, no intuito de fomentar uma contextualização efetiva acerca das informações colhidas das fontes de pesquisa. Findo o estudo, resta evidente a relevância da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e, conseqüentemente, para toda a sociedade.

Palavras-chave: Papel. Ministério Público. Interesses Difusos.

Abstract: This study aimed to discuss the attributions of the Public Ministry, in light of the constitutional text, in the protection of diffuse interests, as a species of collective interests, describing its historical evolution and concepts, the Brazilian legislation applicable to the subject and the administrative and pertinent to the topic under discussion. As a subliminal objective, we tried to identify in which circumstances the action of the Public Ministry is legitimated and the limits of this intervention in the defense of collective interests. For this purpose, a bibliographic research was carried out, based on the following resources: legislation, doctrine, jurisprudence of higher courts, in addition to the appreciation of articles published in journals, using the inductive method, in order to foster an effective contextualization about information gathered from research sources. After the study, the

⁶¹ Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas –FDSM/MG. (E-mail: rladvocacia02@gmail.com)

relevance of the role of the Public Prosecutor's Office in defending diffuse interests and, consequently, for the whole society is evident.

Keywords: Function. Public ministry. Diffuse Interests.

Sumário: 1. Introdução; 2. A atuação do Ministério Público nas ações de interesses difusos; 2.1 Origem e evolução do Ministério Público no Brasil; 2.2 A legitimidade do Ministério Público para tutelar os interesses coletivos; 2.3 Dos direitos coletivos: considerações iniciais; 2.4 Interesses difusos: conceitos e definições; 2.5 O papel do Ministério Público na defesa dos interesses difusos; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O advento dos direitos sociais trazido pela redação da Constituição de 1988, suscitou uma demanda urgente por uma função estatal que cobrasse dos Poderes Públicos e dos particulares a concretização das garantias constitucionais de forma irrestrita aos residentes em território nacional.

Nesse contexto, o Ministério Público, uma instituição oficial, autônoma e independente, recebeu grande destaque na função jurisdicional do Estado, tendo suas competências efetivamente consagradas após a sanção da Constituição Federal, que além de discriminar suas funções nos artigos 127 ao 130, concedeu aos seus membros as mesmas prerrogativas dos juízes.

*Dentre as diversas competências atribuídas pela Constituição da República ao MP, está a incumbência do referido órgão quanto à defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito, na defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis, além de zelar pela leal observância das leis e da Constituição, com vistas à proteção dos interesses da coletividade, mediante a *propositura de Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, regulamentados no plano infraconstitucional.**

Nos direitos coletivos *stricto sensu*, seus sujeitos são indeterminados, mas há como determiná-los por grupos; são direitos de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária. Da mesma forma, apresenta-se como um direito indivisível, pois não seria possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente, haja vista o compartilhamento de um direito em comum, gerado a partir de um mesmo fato ou ato jurídico (DAVID, 2019).

Por sua vez, os direitos difusos são espécies do gênero direito coletivo, aqueles que não podem ser atribuídos a um grupo específico de pessoas, por dizerem respeito a toda a sociedade, conforme disposto no inciso III do art. 129, da Carta Magna de 1988, no que

diz respeito à promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Diante do presente exposto, para os fins propostos neste estudo, discorrer-se-á sobre o papel do Ministério Público no tocante à defesa dos direitos difusos, aqueles que, direta ou indiretamente, afetam a vida de toda a população, mediante pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, com ênfase no instrumento processual denominado ação civil pública, utilizando-se como método de abordagem, o dedutivo.

2. A atuação do Ministério Público nas ações de interesses difusos

2.1 Origem e evolução do Ministério Público no Brasil

Muito embora as atribuições do MP tenham sido elencadas pela CF/88, diferentemente do que muitos imaginam, o processo de desenvolvimento do MP não teve início com a promulgação da Constituição de 1988, mas sim, durante o regime anterior, remontando ao ano de 1973, quando um novo Código do Processo Civil autorizou o MP a intervir em todos os processos nos quais o “interesse público” estivesse presente (ABRANTES, 2017).

Apesar de a intenção inicial da medida fosse a defesa dos interesses da administração pública, a formulação do art. 82 do CPC, de 1973 foi o elemento que permitiu ao MP a perspectiva de começar a explorar a ideia de que o interesse público não se restringia aos interesses do governo e de suas agências, mas dizia respeito aos interesses mais amplos da sociedade. Teve início ali a sua bem sucedida trajetória de separação do Poder Executivo e de afirmação como representante da sociedade, da qual a Constituição de 1988 é ponto de chegada e não de partida.

Considerando que a história completa do Ministério Público é demasiado extensa, afinal diversos autores dedicam-se a escrever livros completos sobre a história do Parquet no Brasil, pretende, apenas, elucidar os principais pontos que culminaram na formação do Ministério Público atual, já que a instituição é um produto da história brasileira.

A primeira Constituição do Brasil (1824), ainda no período imperial, não dispunha sobre a instituição do Ministério Público, destinando ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional a tarefa de acusar nos juízos de crimes comuns. O artigo 48, incluído no capítulo referente ao Senado, no Título IV ‘Do Poder Legislativo’, menciona o seguinte: “No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

Macedo Júnior (2021, p. s/p) salienta que somente com o Código de Processo Penal do Império de 1832 é dado tratamento sistemático ao Ministério Público: “Tal Código colocava o Promotor de Justiça como órgão da sociedade, titular da ação penal”.

Mais à frente, a Lei N° 261 de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal de 1832, dedicou todo um capítulo à Instituição, sob a rubrica Dos Promotores Públicos, trazendo em seus artigos 22 e 23, a função a eles atribuída:

Dos Promotores Públicos

Art. 22 – Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idóneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito.

Art. 23 – Haverá, pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito; quando, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais de um. Os Promotores vencerão o ordenado que lhes for arbitrado, o qual, na Corte, será um conto e duzentos mil réis por ano, além de três mil e duzentos réis por cada sustentação do Jury, e dois mil e quatrocentos réis por arrazoados escriptos (BRASIL, 1841, p. 3).

Assim, prevalecia, no Brasil, um Ministério Público funcionando precariamente e de forma subordinada ao poder Judiciário de quem fazia as vezes de órgão coadjuvante e seus membros nomeados e demitidos livremente pelo Imperador ou pelos Presidentes de Províncias e, em casos especiais, pelos próprios Juizes. Exerciam, sem qualquer independência, na maioria das vezes, simples funções de auxiliares da Justiça.

Em 1871, um avanço, a Lei do Ventre Livre atribui ao Promotor de Justiça a função de protetor do fraco e indefeso ao estabelecer que a ele cabe zelar para que os filhos de mulheres escravas sejam devidamente registrados. Todavia, vale ressaltar a constatação de Mazzilli, de que no período compreendido entre o Brasil-Colônia e o Brasil-Império, “o Procurador-Geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar de instituição do Ministério Público nem de independência ou garantia de promotores públicos, que eram meros agentes do Poder Executivo” (MAZZILLI, 2013, p. 47).

No que se refere ao período republicano, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, dispôs sobre a escolha do procurador-geral da República, pelo presidente da República, dentre ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, parágrafo 2º).

A Constituição de 16 de julho de 1934 institucionalizou o MP, colocando-o em Capítulo à parte (Cap. VI, arts. 95 a 98: “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”). Previu-se que lei federal organizaria o MP. na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que leis locais organizariam o MP. nos Estados (art. 95); cuidou-se da escolha do procurador-geral da República, com aprovação pelo Senado e garantia de vencimentos iguais aos dos ministros da Corte Suprema (parágrafos 1º e 2º); fixaram-se as garantias dos membros da instituição (parágrafo 3º) e os impedimentos dos procuradores gerais (art. 97).

Em seguida, a Carta Política outorgada na ditadura Vargas, em 10 de novembro de 1937, impôs severo retrocesso à instituição ministerial, pois apenas artigos esparsos mencionaram a livre escolha e a demissão do procurador-geral da República, escolhido dentre quem reunisse requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 99).

A Constituição democrática de 18 de setembro de 1946 voltou a dar relevo à instituição, quando reestabeleceu as garantias previstas pela Constituição de 1934 como inamovibilidade e estabilidade dos membros e instituir o ingresso na carreira e por meio de concursos públicos, conferindo-lhe título próprio (arts. 125 a 128), com regras de organização, escolha do procurador-geral da República, ingresso na carreira sob concurso, garantias de estabilidade e inamovibilidade: além disso, cometeu ao procurador-geral a representação de inconstitucionalidade (FERREIRA, 2019).

Em 1964, adveio a tomada do poder pelos militares os quais promulgaram em 1967 a nova Constituição. Segundo Mazzilli (2013, p. 29), “houve notável crescimento das atribuições do chefe do Ministério Público, porquanto nomeado e demitido livremente pelo presidente da República”. Além disso, o Ministério Público foi mantido na seção destinada ao Poder Judiciário, ao passo que, para os seus membros, foram equiparadas as regras de aposentadoria e vencimentos da magistratura, no entanto as garantias institucionais eram mínimas.

Outro importante avanço na história do ministério Público foi dado pelo Código de Processo Civil de 1973, que, em seu artigo 82, previa que competia ao Ministério Público intervir nas causas: de interesses de incapazes; naquelas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações que envolvessem litígios coletivos pela posse da terra rural; e nas demais causas em que houvesse interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Dessa forma, privilegiou-se a atribuição da instituição para análise sobre a necessidade da intervenção ministerial, conferindo-se ao membro que atuará no processo

a possibilidade de deixar de nele atuar por entender ausentes as causas de intervenção, desde que o faça justificadamente, e sem ingerência do Poder Judiciário, ao qual não se confere a atribuição para análise seja da necessidade, ou seja, da desnecessidade de atuação do membro do Ministério Público em determinado processo.

Entretanto, foi somente com a promulgação da Constituição Federal da República do Brasil, de 1988, que foi conferido ao MP a tarefa privativa de promover a ação penal pública. A constituição conferiu-lhe controle externo sobre a atividade policial, permitiu-lhe requisitos diligências investigatórias e determinou a instauração de inquérito policial.

Na esfera cível, além da ação de inconstitucionalidade e da ação interventiva, a Constituição conferiu ao MP a defesa em juízo de direitos e interesses das populações indígenas, cometeu-lhe a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (MAZZILI, 2013).

Por fim, o Novo Código de Processo Civil, de 2015, em correspondência ao artigo 81 do Código anterior, dispôs que o Ministério Público exercerá seu direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais, previstas nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal. A legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis engloba ações individuais e coletivas, agindo na qualidade de representante processual, de legitimado extraordinário ou de substituto processual.

No que concerne à intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, o artigo 178 do novo Código de Processo Civil, determina que essa se dará nas hipóteses determinadas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.” (BRASIL, 2015)

O mesmo artigo estabeleceu, também, o prazo de 30 (trinta) dias para o Ministério Público intervir como fiscal da lei, contados a partir de sua intimação, ou seja, inovou ao estipular um prazo próprio, até então, não previsto em lei, para a atuação ministerial nas ações cíveis que a demandem.

Outra alteração parcial, no tocante aos prazos para o Ministério Público e suas prerrogativas, foi promovida pelo artigo 180 do novo CPC, ao estender ao MP a prerrogativa estabelecida no artigo 188 do CPC, de 1973, do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, sendo, o prazo, em regra, o dobro, para o MP se manifestar nos autos. Entretanto, importa mencionar que tal benefício não será aplicado quando a lei estabelecer, expressamente, outro prazo próprio para o Ministério Público, na forma do contido no § 2º do artigo 180 do Código de Processo Civil de 2015.

2.2 A legitimidade do Ministério Público para tutelar os interesses coletivos

A CF/88, traz em seu artigo 127, a categorização do Ministério Público como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (BRASIL, 1988, p. 69)

Consiste, portanto, em uma das muitas instituições através das quais o Estado manifesta sua soberania, exercendo uma função de auxílio jurisdicional, contribuindo substancialmente para a boa administração da Justiça, de modo que, o MP, é instituído como órgão estatal independente que defende em juízo os interesses da sociedade na proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o parquet atua no âmbito judicial como órgão da sociedade e verdadeiro defensor do povo, representando em juízo todos os indivíduos da sociedade, titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Carta Magna de 1988 estabelece, ainda, em seu artigo 129, as funções institucionais do Ministério Público, que são exatamente suas atribuições constitucionais:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – **promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

(...)

(BRASIL, 1988, p. 70, grifo nosso)

Assim, segundo a Constituição, são funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, além de outras atribuições especificadas em lei.

Destarte, que o MP é uma instituição estatal que integra o sistema de justiça, cuja principal função é a de promover a ação penal pública nos casos previstos em lei, em termos substantivos. Em termos formais ou processuais, sua principal função é a de custos legis, isto é, a de atuar como fiscal no processo de aplicação da lei. Quanto à primeira, sua atuação se impõe pela obrigação estatal de zelar pelo direito à vida, cabendo ao MP levar adiante todos os casos de lesão criminal que baterem à sua porta por meio, principalmente, do inquérito policial. Quanto à segunda, sua presença no processo não se dá como parte ou autor, mas como elemento interveniente a zelar pela observância da lei no julgamento de casos concretos.

Sua responsabilidade de guardião da ordem jurídica pode ser considerada perante qualquer dos Poderes do Estado e não apenas perante o Judiciário. Ele zela pela fiel observância e pelo cumprimento das normas jurídicas. Trata-se de seu papel tradicional: o de *custus legis*, ou seja, o de fiscal da lei, velando pela defesa do ordenamento jurídico. Há estreita ligação entre a democracia e um Ministério Público forte e independente, pois é instituição que só atinge sua destinação em meio essencialmente democrático.

O MP está estruturado em todo o território nacional, acompanhando de perto a estrutura federativa em geral e a do Judiciário em particular. Assim, no plano da União temos os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho e Militar, que atuam perante as respectivas justiças especializadas (devemos incluir na alçada da União também o MP do Distrito Federal e Territórios). Nos estados, temos os Ministérios Públicos estaduais que atuam perante a justiça comum, civil e criminal (ARANTES, 2012).

No âmbito do processo coletivo ambiental, o Ministério Público, dentre todos os entes intermediários habilitados a agir em juízo, é, sem dúvida nenhuma, aquele que tem posição mais destacada. De fato, no sistema jurídico brasileiro, a regra é a da legitimação do Ministério Público para a propositura das ações coletivas ambientais, a ele sendo reconhecida, quase integralmente, o poder de provocar o exercício da jurisdição na defesa do meio ambiente. A exceção fica por conta da ação popular, cuja legitimidade para agir em juízo é atribuída, em princípio, apenas ao indivíduo.

Ademais, ao longo das últimas décadas, o Ministério Público conheceu inigualável desenvolvimento institucional, passando a contar com autonomia funcional e

administrativa, fazendo jus, seus integrantes, às mesmas garantias que os membros da magistratura. Nesse quesito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, já ponderou que:

[...] com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, atendeu-se, finalmente, à antiga reivindicação da própria sociedade civil. (BRASIL, 2009)

Vê-se que, realmente, a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a legitimação e os instrumentos necessários para a defesa dos interesses da coletividade, podendo atuar como fator de equilíbrio nas relações entre a Administração Pública e o administrado, objetivando o bom e correto funcionamento da máquina estatal, a salvaguarda dos direitos dos administrados e a harmonia entre os Poderes.

No entanto, apesar de haver legitimado o MP à defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis,” o próprio texto constitucional veda-lhe “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” Vale ressaltar que ao Ministério Público, no exercício da ação pública, cabe basicamente os mesmos poderes e ônus que às partes. Com algumas ressalvas, como bem explica Mazzilli (2013, p. 85):

Essa assertiva deve ser entendida em termos, pois os membros do Ministério Público não prestam depoimento pessoal; não podem dispor, confessar ou fazer o reconhecimento jurídico do pedido; não adiantam despesas, que serão pagas a final pelo vencido; não se sujeitam aos mesmos prazos para contestar e recorrer, gozando, antes, de prazos dilatados para isso; não recebem nem são condenados em custas ou honorários advocatícios. Igualmente nas ações movidas pela instituição, seus membros não se sujeitam à reconvenção, pois não haveria conexidade entre ação e reconvenção, que, sobretudo, sequer teriam as mesmas partes. E, quando sucumbe, o Ministério Público não responsabiliza a si próprio, mas sim ao Estado, de que é órgão.

A regra é a de que o Ministério Público só pode propor ações em hipóteses taxativas, previstas na lei, salvo em matéria de interesses transindividuais, pois no tocante à tutela judicial de interesses difusos, a legitimação do Ministério Público é genérica. Sendo assim, pode o Parquet propor qualquer ação civil pública, com qualquer pedido, quando atue em

defesa de interesses transindividuais, desde que essa iniciativa atenda aos interesses gerais da coletividade.

Nesse sentido, o artigo 82 da Lei nº 8.078/90 elenca os possíveis legitimados ativos nas ações coletivas que versem sobre relação de consumo, incluindo no seu rol, o Ministério Público. Constata-se, portanto, que o Parquet é parte legítima para manejar tanto a ação civil pública quanto a ação coletiva consumerista, sendo esta legitimidade extraordinária, pois “o interesse poderá pertencer a pessoas determinadas ou indetermináveis, mas sempre pertencerá a terceiros que não fazem parte da relação processual (FERREIRA, 2019).

Tal legitimidade foi consolidada, ainda, pela Lei Nº 7.347/85, em seu artigo 5º, cuja qual incluiu, no ordenamento jurídico pátrio, uma exceção à regra da *legitimatio ad causam* ordinária conferindo a prerrogativa para propor ação civil pública ao Ministério Público, no intento de resguardar os interesses de origem comum se baseia na ideia de que, a tutela destes, visa concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, sempre haverá interesse social e indisponível, conforme previsto no artigo 127 da Carta Política de 1988 (FERREIRA, 2019).

Com a vigência da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e Lei Orgânica do Ministério Público da União, os membros ministeriais já não agem mais como procuradores da Fazenda. Mesmo quando o Ministério Público propuser ações em defesa do patrimônio público, não mais o fará como representante da Fazenda, e sim como substituto processual. No que tange à legitimação passiva, a ação civil pública pode ser ajuizada em face de qualquer pessoa, independentemente da existência de prova pré-constituída, que pode ser feita em instrução regular. A competência é funcional em razão do local do dano.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INQUÉRITO. DOCUMENTOS. A Turma entendeu, por maioria, que não há falar-se em má-fé quando o Ministério Público não leva à ação civil pública todos os documentos constantes do inquérito civil público. É possível descartar aqueles que não lhe parecem relevantes, isso em razão da própria natureza do inquérito (STJ, 2003).

Impetrada a ação civil pública, o juiz pode conceder efeito suspensivo a qualquer recurso. E em regra, não há reexame necessário, já que a imutabilidade da decisão pode estar relacionada com a maior ou menor abrangência do grupo lesado. É oportuno citar que, para que a pessoa, individualmente lesada, possa beneficiar-se do julgamento do processo coletivo, deverá suspender sua ação individual, nos termos do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 104, CDC. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (BRASIL, 1990)

Não obstante a importante e frequente atuação, o Ministério Público não é o único legitimado para a propositura da referida ação. Entretanto, mesmo não sendo parte do processo, deve necessariamente intervir como fiscal da lei. Além disso, caso um dos legitimados desista da ação, cabe ao Ministério Público, assim como ao demais legitimados, a assunção da titularidade ativa.

Impende registrar que qualquer dos legitimados descritos no artigo quinto da Lei de Ação Civil Pública pode habilitar-se como litisconsortes ou assistente dos demais. Desta forma, o polo ativo da ação pode ser estabelecido com qualquer um dos legitimados, com apenas um, ou com todos eles, pelo fato de a competência para a propositura da ação ser concorrente e disjuntiva. Ademais, apesar da existência de mais de um legitimado ativo para a propositura da ação, caso haja duas ações, contendo o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ajuizadas por colegitimados diversos, ocorrerá litispendência, por estarem postulando direito em nome de outrem.

O Ministério Público, além de poder participar como litisconsorte dos demais legitimados, poderá ter no polo ativo os Ministérios Públicos da União, Estados ou Municípios, em litisconsórcio ou assistência. Imperioso acentuar a importância da instituição no que tange à possibilidade do termo de ajustamento de conduta, posto que nem todos os colegitimados podem tomar compromisso de ajustamento pelo simples fato de não estarem agindo na defesa de interesses particulares, ao contrário, defendem interesses transindividuais, ficando impossibilitados, portanto, de transacionar sobre interesses que não lhes pertence.

Por meio do termo de ajustamento, o responsável pela violação do direito difuso assume a obrigação de fazer ou não fazer, produzindo um título executivo extrajudicial, sendo desnecessária a homologação em juízo, podendo, inclusive, impor multa cominatória pelo não cumprimento da obrigação. Caso o autor do dano não aceite ou não cumpra as condições impostas, ensejará a propositura da ação civil pública.

2.3 Dos direitos coletivos: considerações iniciais

Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, declara-se o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” (BRASIL, 1988), objetivo este que pode ser tomado como o “ pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição” (MENDES, BRANCO, 2015, p. 135).

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita, ou implicitamente, conforme podemos observar logo no seu artigo 1º, temos no inciso II, o princípio da cidadania e no inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana.

Versam tais princípios sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também sobre a inexistência de direitos fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

De acordo com Silva (2017), os direitos fundamentais do homem, além de fazer alusão a princípios que resumem a concepção do mundo e informar a ideologia política de cada ordenamento jurídico, são reservados para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Nesse sentido, a nossa Lei Maior proclamou de modo abrangente, digno e eficaz os direitos e garantias fundamentais do homem, e confiou ao Judiciário o poder de resolver os conflitos individuais e coletivos ampliando os meios de acesso de proteção jurisdicional ao homem, às entidades associativas e ao Ministério Público.

Os direitos coletivos são conquistas sociais reconhecidas em lei, como o direito à saúde, o direito a um governo honesto e eficiente e o direito ao ambiente equilibrado, sendo mencionados pelo texto constitucional, no inciso terceiro do art. 129, cujo qual dispõe acerca das funções institucionais. Esse é, portanto, em linhas gerais, o perfil da atuação do Ministério Público nos processos coletivos ambientais, especialmente no que concerne à ação popular, à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo.

No entanto, embora a Constituição Federal faça referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129), ela não os define. Tais definições foram estabelecidas pela Lei Nº 8.078/90, que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direitos difusos e direitos coletivos, em seu artigo 81, conforme descrito no item subsequente.

2.4 Interesses difusos: conceitos e definições

Os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos começaram a ser sistematizados com o advento da Lei de Ação Civil Pública – Lei Nº 7.347/85, inclusos, implicitamente no conteúdo da Constituição Federal de 1988 e, finalmente, se concretizaram por intermédio do Código de Defesa do Consumidor - Lei Nº 8.078/90, que traz, no parágrafo único de seu artigo 81, a classificação e a diferenciação literal legal dos direitos coletivos, em sentido amplo.

Assim, a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos, de acordo com os parâmetros expressos no artigo 81, do CDC, haja vista que, quando um direito coletivo não é respeitado, muitas pessoas são prejudicadas e o Ministério Público tem o dever de agir em defesa desse direito, ainda que o violador seja o próprio Poder Público (ALMEIDA, 2018).

Os interesses transindividuais também são conhecidos por interesses coletivos *lato sensu*, pelo fato de serem compartilhados por grupos de pessoas que tem em comum um direito gerado a partir do mesmo fato ou ato jurídico. A necessidade da proteção do Estado a esses interesses transindividuais surgiu como meio de garantir a eficácia dos direitos fundamentais dos indivíduos como integrantes de uma coletividade lesada ou ameaçada de lesão a um bem jurídico seu, a efetividade da tutela jurisdicional a todo o coletivo detentor do interesse, bem como a economia e a celeridade processual.

Os indivíduos de forma coletiva cujos interesses sejam comuns provenientes de um mesmo fato têm a probabilidade maior de ver sua lide composta em tempo menor por meio de processo coletivo que por ações individuais, além de diminuir a divergência em julgados diferentes perante o mesmo objeto e ver diminuída a quantidade de ações versando sobre o mesmo objeto (NUNES, 2012).

Nos direitos coletivos *stricto sensu*, seus sujeitos são indeterminados, mas há como determiná-los por grupos, são direitos de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária. Da mesma forma, apresenta-se como um direito indivisível, pois não seria possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente, desde que ligados pela mesma relação jurídica.

Os direitos individuais homogêneos dizem respeito a pessoas que, embora indeterminadas num primeiro momento, poderão ser determinadas no futuro, e são ligados por um evento fático de origem comum. Podem ser tutelados coletivamente mais por uma opção de política que pela natureza de seus direitos, que são individuais, unidos os seus sujeitos pela homogeneidade de tais direitos num dado caso. A defesa dos direitos individuais homogêneos iniciou-se em 1966, nos Estados Unidos, por meio das chamadas " Class Actions ", traduzida como ações de classe.

Entretanto, para os fins desse estudo, será concedido destaque especial aos direitos difusos, entendidos como os interesses de grupo titularizados por pessoas indetermináveis, unidas por situações de fato conexas, e nos quais o dano causado é individualmente indivisível. Dito de outra forma, não é possível determinar quem são os titulares de um direito difuso. Isso não significa que ninguém sofra ameaça ou violação de direitos difusos, mas que os direitos difusos são direitos que merecem especial proteção, pois atingem alguém em particular e, simultaneamente, a todos.

O doutrinador Rizzato Nunes conceitua direitos difusos como “aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis” (NUNES, 2012).

É um direito que atinge simultaneamente a todos. São espécies do gênero denominado transindividual, possuem natureza indivisível, e são compostos por pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância fática, cuja principal das características é a indivisibilidade, ou seja, para satisfazer um de seus sujeitos, deve satisfazer-se a todos, pela indeterminação de seus sujeitos. O exemplo clássico citado pela doutrina é o direito a um meio ambiente equilibrado, pois os prejuízos de uma eventual reparação de dano não conseguem ser individualmente calculados.

Os interesses e direitos Difusos estão dispersos, espalhados ou “fragmentados” no ordenamento jurídico brasileiro, associando-se as disposições contidas na Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública, no Código do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso.

A proteção de interesses coletivos e difusos das pessoas portadores de deficiências é um desses Direitos tutelados pela legislação esparsa. Sua previsão está na Lei Nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências e sua integração social.

Portanto, as ações civis públicas referentes aos interesses difusos levam em conta a indivisibilidade do interesse, o grupo de indivíduos atingidos e a origem da lesão ou da ameaça de lesão a direito, ligadas por circunstâncias de fato. Mazzilli (2013, p. 53) diz que, “melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.”

2.5 O papel do Ministério Público na defesa dos interesses difusos

A ação civil pública (ACP) será proposta pelo Ministério Público da União, quando se tratar de causa de competência da Justiça federal; e será proposta pelo Ministério Público Estadual quando for causa de jurisdição local, com vistas, sempre, à proteção de toda comunidade ou de que sejam titulares pessoas indeterminadas, classes, categorias,

grupos e pessoas individualmente consideradas, caracterizando-se legitimação extraordinária, de substituição processual (ALMEIDA, 2018).

Presentes os pressupostos do exercício da ação civil, ao Ministério Público cabe não apenas o direito, mas o dever indeclinável de propô-la e de dar-lhe o devido prosseguimento, sendo-lhe vedado transigir e desistir da ACP. Isto porque o Ministério Público, quando em juízo, apresenta o interesse da sociedade, de um grupo de indivíduos ou de uma única pessoa, nas hipóteses previstas pelo legislador.

A ação civil pública é um instrumento processual, de ordem constitucional, destinado à defesa de interesses difusos e coletivos. É uma das espécies de ação coletiva. Disciplinada pela Lei Nº 7.347/85 – LACP, que tem natureza eminentemente formal, pois objetiva regular ação protetiva de direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos a interesses transindividuais. Da mesma forma que o mandado de segurança coletivo, a ação popular e o Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública é mais um instrumento utilizado para a defesa dos interesses da coletividade.

Da parte do Ministério Público, em geral a defesa de interesses difusos e coletivos é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que se aplica subsidiariamente ao sistema de outras leis destinadas à proteção de interesses difusos e coletivos (Leis 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90 e 8.078/90). Tendo o Código do Consumidor superado o veto originário que tinha sido imposto a dispositivos da Lei Nº 7.347/85 (arts. 90, 110 e 117 da Lei n. 8.078/90), alcança-se agora a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e de qualquer outro interesse coletivo ou difuso.

No que se refere aos interesses difusos frente à ação do MP, a Ação Civil Pública tem por finalidade a reparação de danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso e coletivo em sentido amplo, conforme previsão do art. 1º e seu inc. IV, da Lei Nº 7.347/1985. No que tange sobre os danos morais, a referência feita pela lei foi de cunho processual, já que ela não criou uma nova modalidade de direito material, de natureza transindividual.

O dano moral possui um caráter personalíssimo quando representa dor, sentimento, lesão psíquica, afeto, ou seja, fere gravemente os valores fundamentais inerentes à personalidade humana, sendo, portanto, um direito pessoal e individual e não transindividual. Assim, “não se mostra compatível com o dano moral a ideia da transindividualidade da lesão e do direito lesado” (ZAVASCKI, 2014, p. 41).

Fala-se em princípio da obrigatoriedade, seja no processo civil, seja no processo penal, quando se quer referir ao dever que tem o órgão do Ministério Público de promover a ação pública, dela não podendo desistir, não se admitindo, portanto, que o Ministério

Público, identificando uma hipótese em que deva agir, se recuse a fazê-lo: neste sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifica a hipótese de atuação, ao contrário, tem liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória.

O MP tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do inquérito, para verificar se houve ou não crime a denunciar; mas, segundo a lei vigente, identificando a hipótese positiva, não poderá eximir-se do dever de exercitar a acusação. Por outro lado, não verificando, o MP, a presença de justa causa para propor a ACP, promoverá o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (SOUZA, 2008).

Assim, o dever de agir não obriga, ao MP, a cega propositura da ação pelo Ministério Público. Sem quebra alguma do princípio da obrigatoriedade, se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente (art. 9º).

Considerações finais

Apesar de ter surgido como defensor dos interesses da Monarquia, o Parquet, ao longo do tempo, veio se aperfeiçoando no que diz respeito à defesa dos interesses coletivos de uma forma geral, e hoje, resulta cristalina a necessidade de sua existência, tendo em vista a utilidade e praticidade da defesa dos interesses de forma coletiva.

Essa prerrogativa foi estabelecida, efetivamente, pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a existência e a necessidade de proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, quando previu a necessidade de se tutelar os interesses difusos e coletivos (art. 129, III), defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a propositura de Ação Popular (art. 5º, LXXIII).

Com a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, os direitos coletivos foram consagrados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, quando o legislador constituinte originário estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos difusos e coletivos de forma expressa, restando, ao legislador infraconstitucional regulamentar a matéria, uma vez que ela passou a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente.

Assim, a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor deu origem ao que a doutrina chama de microsistema, com regras processuais específicas, com o intuito de fazer as adaptações necessárias ao processo civil comum.

A partir de então, conclui-se que a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública são leis recíprocas, que interagem e se complementam, formando o que entendemos por integração das normas de ação civil pública – ou a base do sistema da ação civil pública.

O art. 5º da Lei Nº 7.347/1985 elenca o rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, além daquele previsto no art. 82 do CDC, incluindo nessa listagem o Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos. Assim, o Ministério Público quando não está atuando como autor da causa, participará obrigatoriamente como *custos legis* – fiscal da lei, acompanhando todo o exercício da função jurisdicional. Essa norma é retirada da inteligência do art. 5º, § 1º da lei da ação civil pública. Ademais, será nulo o processo sem a participação do *parquet*.

Além disso, segundo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, é de se destacar que, a nulidade será devida se não houver intimação para manifestação do órgão ministerial e não quanto a sua efetiva manifestação. Nessa situação de fiscal, caso haja desistência do autor da ação o MP assumirá o polo ativo do processo dando procedimento à lide. Ou seja, toda e qualquer ação civil pública o MP tem obrigatoriedade de participar, seja como parte na ação, sujeito ativo – *legitimatío ad causam*, seja como *custos legis*, fiscalizando o cumprimento da lei.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Gabriela da Silva. **Ação civil pública e o tempo de espera para atendimento na agência da Caixa Econômica Federal de Cajazeiras/PB**. 2018. 73fl. - Trabalho de Conclusão de Curso(Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande – Sousa-Paraíba - Brasil, 2018.

ABRANTES, Geórgia Graziela Aragão de. **Suspensão judicial das outorgas do direito de uso dos recursos hídricos na bacia hidráulica do açude de São Gonçalo, Sousa-PB: uma análise jurídico-hídrica**. 2017. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Sistema Agroindustriais, Universidade Federal de Campina Grande, Pombal, 2017. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/555/1/GE%C3%93RGIA%20GRAZIELA%20ARAG%C3%83O%20DE%20ABRANTES%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20PPGSA%20ACAD%C3%8AMICO%202017..pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei Nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=L261&text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reformand

o%20o%20Codigo%20do%20Processo%20Criminal.&text=2%C2%BA%20Os%20Chefes%20de%20Polícia,amovíveis%2C%20e%20obrigados%20a%20aceitar. Acesso em: 08 jun. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei Nº 13. 105, 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. **Lei Nº 7.347, 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

_____. **Lei Nº 8.078, 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *Superior Tribunal de Justiça (STJ).* **Informativo Nº: 0173.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/4196/4416>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BULOS, U. L. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVID, A. P. S. P. V. B. Direitos difusos e coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5957, 23 out. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65198>. Acesso em:

FERREIRA, B. O. **Os limites à independência funcional do Ministério Público.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor.** 7ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

SOUZA, M. C. **Ação Civil Pública.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

DA ORDEM AO AMPARO: EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PARA O MENOR INFRATOR

LARISSA MARTINS COSTA: Graduada em Licenciatura em História pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Graduanda do Curso de Direito da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis e Mestra em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo mostrar a forma, que o menor que comete um ato infracional é visto pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), como as medidas socioeducativas devem ser aplicadas, as instituições responsáveis e o diálogo com a CF (Constituição Federal) e o CP (Código Penal), para tal problemática. Dessa forma, foi feita uma análise histórica, desde a implementação da República brasileira, passando por governos autoritários e democráticos sobre conceito de a criança e adolescente além de suas mudanças e permanências no imaginário social. Esse trabalho ressalta que a responsabilidade de crianças e adolescentes devem ser não somente dos pais, mas também do Estado e da sociedade e mesmo assim, as medidas socioeducativas acabam sendo ineficazes e ao nos eximir disso acabamos não somente arrumando soluções paliativas, mas não solucionando o problema. Para isso, esse trabalho foi feito com artigos científicos, monografias, dissertações e teses, livros e doutrinas na área das ciências jurídicas ou afins.

Palavras-chave: criança e adolescente; medidas socioeducativas; ato infracional.

ABSTRACT: The present work aims to show the way, that the minor who commits an infraction is seen by the ECA (Statute of the Child and Adolescent), how the socio-educational measures should be applied, the responsible institutions and the dialogue with the FC (Constitution) Federal) and the CP (Penal Code), for such problem. Thus, a historical analysis was made, since the implementation of the Brazilian Republic, through authoritarian and democratic governments on the concept of the child and adolescent, in addition to their changes and permanence in the social imaginary. This work emphasizes that the responsibility of children and adolescents must be not only that of the parents, but also of the State and society, and even so, the socio-educational measures end up being

ineffective and by exempting us from this we end up not only finding palliative solutions, but not solving problem. For this, this work was done with scientific articles, monographs, dissertations and theses, books and doctrines in the area of legal sciences or the like.

Keywords: child and teenager; educational measures; offense.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, a sociedade contemporânea, vem a cada dia mostrando sua preocupação com as infrações cometidas pelos menores. Contudo, com a promulgação da Constituição de 1988 e a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, por meio da Lei Federal 8.069, substituindo o Código de Menores, a criança e o adolescente passam a serem vistos pelo judiciário de uma nova maneira, ou seja, como seres em desenvolvimento que gozam de direitos e deveres.

Destarte, o ECA tem como objetivo, garantir a proteção integral para a criança e o adolescente. Por meio desta perspectiva, reconhece o agravamento de penalidades pela formação do ser, estipulando medidas diferenciadas para infratores até aos 12 (doze) anos de idade, sendo estabelecidas medidas protetivas. E para o adolescente de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos medidas socioeducativas.

Essa distinção mostra não somente, uma preocupação legal em reeducar o menor infrator, mas sim em inseri-lo na sociedade, não por meio de uma punição simplista ou violenta, mas partindo do reconhecimento de sua imaturidade e a necessidade de uma atenção especial.

A partir dessas considerações, esse trabalho tem como objetivo analisar o que sejam as medidas socioeducativas propostas pelo ECA e se de fato há uma aplicabilidade e eficiência das medidas propostas.

Por meios de tais indagações, o trabalho se divide em três momentos, ao qual o primeiro aborda o conceito de menor, seus direitos antes do ECA e ao qual permeou por tanto tempo a sociedade brasileira. Ainda nessa parte, a visão de criança e adolescente trazida pelo ECA e como o menor infrator é visto legalmente, além do olhar que a sociedade traz do menor infrator.

Em um segundo momento, será analisado as principais causas que levam os menores a cometerem atos infracionais, considerando a distinção com o que seja crime. É essencial abordar, nesses casos, não somente a ausência do Estado, mas também da família e consequência marginalização do menor.

Para finalizar, será feita uma análise das medidas socioeducativas adotadas em consequência aos atos infracionais, como a proposta de aplicação e execução.

Como forma de alcançar a proposta, foi feita basicamente por meio de pesquisas bibliográficas, com ênfase em trabalhos acadêmicos na área, como artigos científicos, monografias, dissertações e teses na área. Pesquisas de órgãos governamentais também foram utilizadas como apoio, além de medidas socioeducativas aplicadas e caracterizadas como jurisprudência para esses casos.

Portanto, esse artigo tem como finalidade compreender se as medidas socioeducativas que estão sendo aplicadas respeitam a legislação em vigor defendidas pelo ECA e se há eficácia em sua aplicação.

2 MENOR INFRATOR: CONCEITO E PERSPECTIVA

2.1 Direito dos Menores: perspectiva antes do ECA

A promulgação da Constituição de 1988, foi um divisor de águas para o Direito brasileiro, ao qual novas políticas legais foram estipuladas o que incluiu a forma com que a justiça passa a ver a criança e o adolescente, como expresso no ECA.

O ECA traz consigo não somente um novo olhar sobre a importância da infância e da adolescência, considerando o desenvolvimento do cidadão e por isso não somente rompe com a visão que se tinha da tutela, mas considera que as diferenças sociais influenciavam na repressão e encarceramento de crianças e adolescentes.

Logo, o ECA garante aos menores prioridade absoluta em atendimento, independente de suas condições socioeconômicas, incluindo o adolescente em conflito jurídico.

Tal situação é recente, mesmo diante dos trinta e dois anos de nossa Constituição Federal, o Direito do menor só começou a ser discutido em âmbito nacional durante a Era Vargas (1930-1945), momento ao qual a política brasileira de modo geral, sofreu influências não somente positivistas, mas também autoritária.

Nesse período, a repressão e o processo industrial iniciado no Brasil, deram grande ênfase no caráter corporativista nas Constituições de 1934 e de 1937, alterando o Código do menor de 1927 que proibiu o trabalho antes dos 14 anos e legalizou a exploração do trabalho infantil.

Ainda durante o Governo Vargas, mais especificamente com o golpe do Estado Novo (1937-1945), a necessidade em ter uma administração mais centralizadora e autoritária as vésperas da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), fez com que a Constituição de 1937, inspirada na Constituição da Polônia, carregava consigo traços

nazifascistas, e por isso defendia a preservação de uma raça dominante para manter a ordem e o progresso.

Seguindo esses princípios, em 1941 foi criado o Serviço de Assistência aos Menores (SAM), para cuidar de menores infratores e abandonados, mas que tinha como objetivo afastar das ruas o perigo que essas crianças e adolescente representavam por não terem uma família ou que de alguma forma foram segregados de um convívio social saudável.

Na SAM, os menores eram tratados pelo Estado com maus-tratos e violência física e psicológica, para serem enquadrados nos valores defendidos por um projeto do Estado que era disciplinador e autoritário.

A realidade do trabalho infantil mudou somente em 1946 com a alteração na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que estabeleceu o trabalho exercido por menores de 14 a 18 anos em situação de aprendizado. Porém o tratamento ao menor infrator e/ou abandonado atravessou os Governos Populistas (1946-1964) e Militares (1964-1985), mesmo diante da extinção da SAM em 1964 e a criação da Fundação do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que eram alicerçadas pelas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (Febem), os braços estaduais do projeto.

De acordo com o PNABEM, as unidades para os que se encontravam na prática de atos infracionais, desenvolveriam um processo específico de "reeducação", procurando atingir todas as dimensões da sua estrutura subjetiva e social, na tentativa de (re)organizar seu comportamento (CAVALCANTE; CAMPOS, 2016, p. 350)

A Política Nacional do Bem-Estar Social (PNABEM) que tinha como instituições a FUNABEM e as Febem's, adotadas pelos Governos Militares, obtinham críticas e métodos similares com a seguida pela SAM. Ao qual crianças e adolescentes que tinham cometido alguma infração legal eram incluídos a sociedade se seguisse os crivos jurídicos, retomando sua consciência de si e sobre seus sentimentos e emoções.

É dentro de uma política marginalizada e instável (CAVALCANTE; CAMPOS, 2016) que o menor infrator construía sua socialização. E essa lógica de inclusão foi reproduzida na construção social, desde a Era Vargas até o fim dos Governos Militares, sem uma análise aprofundada sobre as transgressões cometidas e as condições sociais que levavam muitos menores a cometerem delitos.

Mesmo sem considerar a criança e o adolescente em seu desenvolvimento integral, o Código do Menor e a PNABEM, segundo Sá (2009), suas doutrinas, podem ser

consideradas uma “sutil evolução em relação a quem e quais casos se dirigiam o tratamento da lei.” (p. 14). Já que as primeiras Constituições brasileira⁶² mostraram total indiferença em distinguir um delito cometido por um menor e de um adulto ou até mesmo em ressocializar o adolescente com problemas judiciais.

2.2 A Constituição de 1988 e o ECA: Novos olhares sobre a criança e o adolescente

A promulgação da Constituição Federal (CF) em 1988, também chamada de “constituição cidadã”, por proteger os direitos fundamentais, pautado na dignidade da pessoa humana, conforme especifica seu art. 5º. E por garantir as isonomia formal, o referido artigo, traz uma nova visão da criança e do adolescente, que são sujeitos de direito.

Contudo é importante salientar que existem dois tipos de direito fundamentais para a criança e o adolescente (MARCOLINO, 2020): o primeiro, que foi designado para todos os seres da espécie humana, como o direito a vida. E o segundo, são os direitos pertencentes a grupos específicos, nesse segundo que posteriormente foi regulamentada a lei 8.069/90, que criou o ECA.

A CF traz nos artigos 227 a 229 a proteção integral e prioridade absoluta, dando-lhes não somente direitos, mas garantias processuais. A inserção desses artigos em nossa Carta Magna ocorreu após inúmeros debates, ao qual chegou a conclusão que os menores necessitavam de uma maior proteção.

A etapa garantista decorreu de inúmeros debates internacionais de proteção à criança e ao adolescente, como exemplo a Declaração dos Direitos da Criança a qual trazia o propósito de reconhecer a necessidade de uma proteção diferenciada, em razão de sua imaturidade física e intelectual. O mais importante é mencionar que o ECA traz um sistema de mais garantias, incorporando uma série de direitos materiais e processuais para a preservação dos direitos infanto-juvenis. (SÁ, 2009, p. 15)

Logo, a necessidade de uma maior proteção tem como motivo a imaturidade física e intelectual, consideramos que o menor é um ser que está em processo de formação e por isso é responsabilidade de todos cuidar e orientar o menor, conforme o art. 227 da CF:

⁶² A Constituição de 1824, constituição histórica e a Constituição de 1891, primeira constituição republicana.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2008, p. 61)

A legislação traz em seu texto não somente que crianças e adolescentes devem ter como garantia seus direitos fundamentais, mas especifica quem deve zelar por isso, como a família, sociedade e Estado, "com absoluta prioridade", rompendo com o Código do Menor, conforme especifica Marcolino, 2020:

O artigo acima colacionado estabeleceu um rompimento com a doutrina que prevalecia na época, qual seja a da Situação Irregular. Essa doutrina encontrava-se estampada na Lei 6.697/79, o famoso Código de Menores. Tal diploma limitava-se a três matérias apenas: menor carente, menor abandonado e diversões públicas. (p. 2)

Dentro dessa perspectiva, conforme Liberati⁶³ (2003) não havia distinção entre menores abandonados ou delinquentes, pois ambos eram considerados perigosos a sociedade, e por isso eram encaminhados as mesmas entidades protetoras, por tempos considerados inconstitucionais, atualmente.

A CF/88 não somente garante a proteção integral do menor, mas em uma análise mais aprofundada, assume com a sociedade os papéis de titulares de garantir os direitos fundamentais e assegurar aos jovens e infantes o tratamento especial por serem portadores de uma "desigualdade intrínseca" (MARCOLINO, 2020, p. 2)

Destarte, que a CF/88 necessitava de um diploma-legal que intervisse de forma democrática nos direitos das crianças e adolescentes, para garantir sua proteção integral. Ao qual nasce o ECA, como Lei Federal 8.069/90:

Através da Doutrina da Proteção integral à criança e ao adolescente nasce o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990, que visava garantir a efetivação dos direitos infante-juvenis com prioridade absoluta, ou seja, todas as crianças e adolescentes, independentemente de cor, etnia ou classe social,

63 *Apud*. COELHO, F. T. **A eficácia das medidas socioeducativas do ECA diante da reincidência do menor infrator**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Araranguá, SC: Unisul, 2011.

deviam ser tratadas como pessoas em desenvolvimento, que precisavam de atenção, proteção e cuidados especiais para se desenvolverem e serem adultos saudáveis. (COELHO, 2011, p. 23)

O ECA é considerado um diferencial no que tange os direitos das crianças e adolescentes, pois passam a serem considerados pessoas com direitos, tendo sua situação diferenciada respeitada e por isso com prioridade em atendimento, além de romper com a ideia de que justiça para menores é somente para os infratores, independente de uma classificação econômica.

2.3 O ECA e o Menor Infrator: um novo olhar

O ECA traz consigo sobre vários temas acerca dos direitos dos menores, como:

acesso a saúde e educação, proteção contra a violência e tipificação de crimes contra a criança, proteção contra o trabalho infantil, regras da guarda, tutela e adoção, vedação ao acesso a bebidas alcólicas, autorização para viajar, entre outras questões. (MARCOLINO, 2020, p. 2)

Contudo, no art 2º o ECA estabelece a distinção entre criança e adolescente, ao qual expressamente tipifica que o primeiro se trata de pessoa até os doze anos e o segundo dos doze aos dezoito anos. Não utilizando a palavra "menor"⁶⁴ para categorizar esse grupo e assim romper com a "posição inferior ou marginalizada em relação aos adultos" (MARCOLINO, 2020, p. 2).

O abandono do termo "menor" passou a pertencer a princípios penais e processuais, para que assim houvessem "garantias processuais básicas" (SÁ, 2009, p. 17), resguardando a ação protetiva do Estado, mesmo em casos de crianças e adolescentes que têm algum tipo de conflito com a lei.

Segundo Coelho (2011), o ECA estabeleceu três sistemas de garantias:

[...] o primeiro como aquele que cuida das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente, tinha caráter universal, tendo como alvo toda população infanto-juvenil, sem qualquer forma de distinção. A segunda por sua vez, visava à proteção dos menores em situação de risco pessoal ou social. Ou seja, quando seus

⁶⁴ O termo "menor" é usado pela legislação portuguesa e por nossa tradição histórica colonial, é utilizada no Brasil de maneira estigmatizada. (SÁ, S. B. P. O. Medidas socioeducativas e sanções penais. **Revista Jurídica do Ministério Público**, Vol. 06, Belo Horizonte, MG, 2009, p. 181-201)

direitos fundamentais eram violados, seu principal operador era o Conselho Tutelar. A terceira eram as chamadas medidas socioeducativas, nas quais eram aplicadas se os menores praticassem algum tipo de ato infracional. (p. 24)

A própria CF/88, no já referido art. 228, garantiu que toda criança e adolescente fossem considerados inimputáveis até os dezoito anos, para que assim garantissem as normas que os diferenciavam dos adultos, mesmo que responsabilidade penal por seus atos recaiam sobre seus responsáveis legais, ao qual pertence ao Código Penal (CP).

Logo, o Princípio da Proteção Integral, estabelecido no art. 1º do ECA, existe para que não haja distinção entre crianças e adolescentes por motivos sociais e econômicos, contudo a lei prevê que possa existir situações que seja necessário impor consequências penais aos autores de uma determinada infração.

Assim como o art. 228 da CF, o art. 104 do ECA também traz a inimputabilidade das infrações cometidas por jovens até dezoito anos, contudo isso não significa que suas ações serão impuníveis. O que a lei garante é que as medidas de responsabilização sejam equiparadas as condições de desenvolvimento do infrator.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), quando uma criança pessoa de zero a 12 (doze) anos incompletos, ou um adolescente, pessoa de 12 (doze) anos completos à 18 (dezoito) anos incompletos, pratica algum ato infracional descrito na lei como crime e ou contravenção penal, a legislação atribui penas para a prática de tais atos. (COELHO, 2011, p. 26)

Logo, as penas são divididas em dois grupos, uma que abrange crianças de zero a doze anos, que irão receber medidas protetivas, que são ações judiciais ou administrativas dadas por uma autoridade competente, quando existe algum risco de que violem seus direitos ou até mesmo de ação ou omissão do Estado, responsável legal ou por conduta própria.

As medidas protetivas estão elencadas no art. 98 do ECA:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL, ECA, 1990)

E outra para adolescentes de doze a dezoito anos incompletos que recebem medidas socioeducativas, que tem como objetivo ressocializar e reeducar por ter cometido algum ato infracional, independente se a natureza, mas sempre considerando a capacidade individual de quem a cometeu, conforme o art. 112 do ECA:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, ECA, 1990)

É importante salientar que as medidas socioeducativas ao serem aplicadas levam em consideração as circunstâncias e a gravidade da ação, não se admite a prática de trabalhos forçados e caso o adolescente seja portador de doença ou deficiência mental, deve ser dado tratamento individual e especializado em locais adequados.

Contudo, a CF/88 também advém do Princípio da Intervenção mínima, ao qual defende que as punições devem ser aplicadas conformem prejudiquem a sociedade e que tenham uma relevância social, para que assim o castigo seja aplicado em concordância

com a gravidade do delito. Devido a esse princípio a aplicabilidade da pena ao adolescente é utilizado em caráter secundário.

A implicação que isto traz quanto à aplicação da norma penal juvenil e que a mesma só será empregada para defender bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves, ou ainda, ser utilizado com caráter subsidiário ao ser usado em relação às condutas que não possam ser tratadas por outros meios de controle social. (SÁ, 2009, p. 21)

Ao analisarmos o art. 227 §3º V:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; (BRASIL, 2008, p. 61)

Que esclarece Sá (2009): “Com isso deixa claro que a aplicação de medidas punitivas aplicáveis aos jovens devem ser utilizadas em último caso pelo sistema de justiça da infância e juventude.” (p. 23). O que é complementado pelo art. 112 do ECA, já citado e comentado.

Em 2012 foi implantada a lei 12.594 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que juntamente com os arts. 112 a 125 do ECA vem direcionar o grande desafio de reeducar e ressocializar o adolescente que necessite de medidas socioeducativas.

Não podemos deixar de pontuar o significativo olhar que o ECA deu as crianças em adolescentes desde a promulgação da CF/88, entretanto a luta para se livrar dos estigmas construídos em constituições anteriores é árduo, em especial, quando a criança e

adolescente estão em estado de vulnerabilidade e existe a necessidade de aplicação de medidas socioeducativas.

3 ADOLESCENTE INFRATOR: AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A MARGINALIZAÇÃO

3.1 Medidas Socioeducativa: algumas considerações

A divulgação da falta de segurança na sociedade, não é um fenômeno recente e o medo criado pelas mídias para vender notícia, vem cada vez mais sendo usada. Com todo o estigma criado pela própria história dos direitos das crianças e adolescentes durante as Constituições brasileiras, o tema acabou se tornando delicado e poucos se lembram que a responsabilidade das crianças e adolescentes não é somente de seus responsáveis legais, mas abrange Estado e Sociedade.

No momento, em decorrência do alto nível de violência que ainda paira sobre o Brasil, o país vive a ameaça de retrocesso com as discussões sobre redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. A inserção do jovem, pessoa em condição especial de desenvolvimento, no sistema penitenciário representa uma grave violação a todos os direitos tutelados no ECA, tendo em vista que trata-se de um universo completamente marginalizado, marcado pelo descaso do poder público e repúdio da sociedade civil. (MARCOLINO, 2020, p. 2)

Como dito anteriormente, o ECA prevê as medidas protetivas que é destinada as crianças e as medidas socioeducativas para os adolescentes que por motivos variados e independentes, estão em situação de risco e para que possam ter a oportunidade de se recuperarem.

[...] tais medidas visam dar ao jovem um meio de recuperação diante de sua condição e necessidade, aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional, apurada sua responsabilidade após o devido processo legal, cujo objetivo não é a punição, mas a efetivação de meios para reeducá-los. (SÁ, 2009, p. 32)

Assim, as medidas socioeducativas é uma ação ordenada pelo Estado, expedida por um juiz competente, que deve levar em conta as características da infração, as circunstâncias sociais e familiares e a oferta de programas e serviços disponibilizados pelos poderes Municipais, Estaduais e da União para tal demanda.

Mesmo que a natureza das medidas socioeducativas seja de coerção ao adolescente infrator, quando levamos em consideração os aspectos educacionais para que cumpra-se a legislação, deve ser aplicado concomitantemente a proteção integral.

Visando o resgate, à reinserção do menor infrator à sociedade, a medida socioeducativa tem por objetivo, por meio de procedimentos pedagógicos, melhorar a capacidade intelectual, profissional desse jovem infrator e desta forma possibilitando o retorno ao convívio familiar.

Além dos procedimentos pedagógicos, as medidas socioeducativas possuem um caráter punitivo. Quando aplicada ao adolescente, a coerção é mais sentida e vivenciada nos meios que limitam o direito de ir e vir do infrator, ou seja, nas medidas de internação. (SANTANA; SILVA; ALMEIDA, 2014, p. 24)

As medidas de internação são utilizadas nos casos mais graves, ao qual a privação de liberdade entra como uma aplicação necessária para responsabilização, reduzindo o convívio familiar e comunitário, contudo essa medida não é superior a três meses, podendo ser renovada por mais três meses em caso de reincidência, contudo, não pode ultrapassar três anos⁶⁵.

Afinal as medidas socioeducativas antes de sua intenção punitiva, há também o caráter não recidivante, já que o ECA surge não somente para proteger a criança e o adolescente, mas seu objetivo é evitar que atos infracionais sejam cometidos por esse grupo.

Por essas razões, é importante especificar que as medidas adotadas são voltadas não somente para o jovem que cometeu o ato ilícito e sim para toda sua família com ações voltadas a tratamentos psicológicos e até médicos, a depender do caso.

Para que seja aplicada as medidas socioeducativas, conforme o art. 114 do ECA é necessário:

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

⁶⁵ Quando o juiz aplica a medida socioeducativa de internação, ele deve considerar três princípios básicos, como: "da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento" (SANTANA; SILVA, ALMEIDA, 2014, p. 24)

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. (BRASIL, ECA, 1990)

É necessário comprovar a materialidade da infração, além de provar a sua autoria, contudo, quando houver somente materialidade e indícios cabe uma advertência.

Obviamente o adolescente infrator é tratado de maneira mais rigorosa que a criança, pois considerando o Princípio da Proteção Integral, o ECA considera que seja mais eficiente prevenir a criminalidade, para assim “superar a situação de marginalidade experimentada pela maioria das crianças e adolescentes atualmente no Brasil.” (SÁ, 2009, p. 32).

3.2 Ato Infracional: o menor e o Código Penal

Segundo o ECA, em seu art. 103, Ato Infracional é: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (BRASIL, ECA, 1990). Logo, a própria legislação voltada para crianças e adolescente alude para o Código Penal de 1940 (CP).

A Lei de Introdução ao Código Penal (LICP), escrita em 1941, estabelece em seu art. 1º que crime e contravenção penal são:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativa com a pena de multa;

contravenção é a infração para qual a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativa. (BRASIL, LICP, 1941).

Como a LICP considera que crime seja qualquer infração penal que leve a pena de reclusão ou detenção e contravenção ao qual a ação, individualmente, leve a pessoa a pena de prisão simples ou multa.

Salientando que esse conceito é pensado para um adulto, o ECA estabelece que toda a conduta tomada por crianças e adolescentes que defina-se como crime ou contravenção é ato infracional, diferenciando, assim, a ação, mas que tenha a mesma essência (COELHO, 2011).

O legislador preocupou-se em dar ao menor infrator tratamento diferenciado haja vista suas condições e peculiaridades. Inclusive nos termos utilizados ao se referir à sua conduta, uma das principais diferenças está na utilização do termo ato infracional para as

condutas delitivas praticadas pelo menor infrator, distinguindo da denominação de crime utilizada para se referir aos demais sujeitos que não o menor e tratados pelo Código Penal. (SÁ, 2009, p. 24)

Logo, o ato infracional só existe se houver conduta penal que o tipifique, mas que trate o menor de dezoito anos, considerado inimputável não somente pelo ECA, mas também pela CF/88 e por isso deve ser respeitado a sua condição especial. Por essa razão o CP não prevê sanção para adolescentes.

Para Liberati⁶⁶ (2003), a inimputabilidade é a exclusão da responsabilidade penal, ao qual houve uma irresponsabilidade pessoal ou social para o ato infracional cometido, afinal se a criança e o adolescente, segundo o ECA, são de responsabilidade de seus pais (ou alguém que assuma o papel), Estado e sociedade, todos fomos omissos de alguma forma, na ação.

Visto isso, é importante deixar claro que mesmo que a sociedade civil de modo geral e o Estado sejam responsabilizados, a medida tem em si o caráter sancionário-punitivo para reeducação e ressocialização e por isso “constitui ação especializada, que demanda profissionais especialmente capacitados para o desenvolvimento de um projeto pedagógico [...] relacionados à capacidade de administrar conflitos de forma não-violenta.” (VOLPI, s/d, p. 58).

É importante que ressaltar, como estabelece Bandeira (2006) que as medidas socioeducativas são mecanismos pedagógicos de inclusão social, pois transmitem aos jovens valores que aumentam sua autoestima. (p.137).

A mesma ideia é compartilhada por Albergaria (1995), ao falar sobre a importância da advertência como medida socioeducativa: “não é um instrumento rotineiro ou burocrático, pois há de prever o aspecto pedagógico da medida” (p.116).

Destarte, as medidas socioeducativas antes de ser uma punição, deve ser compreendida em seu caráter pedagógico, com o principal objetivo de ressocializar o menor, para assim ser incluído na sociedade com valores ao qual se sinta valorizado. Contudo, não é assim que as medidas são vistas e nem aplicadas com tamanha reflexão.

3.3 Ato Infracional: motivações e punições

Segundo pesquisas científicas na área as motivações que levam os adolescentes a cometerem atos infracionais são inúmeros, mas muito importantes para que sejam

⁶⁶ Apud COELHO, F. T. **A eficácia das medidas socioeducativas do ECA diante da reincidência do menor infrator.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Araranguá, SC: Unisul, 2011.

avaliados os um ser em formação que faz parte de um grupo social regido por lei própria e analisar se as medidas aplicadas estão tendo efeito.

Para Sá (2009), uma das grandes motivações são os adolescentes que acabam rejeitando os valores institucionalizados pela sociedade e acabam criando valores próprios e se associando a jovens que pratiquem delitos, como gangues ou até mesmo brigas, este último comportamento frequente para pessoas em idade de transição para a vida adulta.

[...] nota-se na atualidade que jovens que se envolvem na criminalidade, em grande parte, perdem suas vidas antes ou logo que atingem sua fase adulta, o que representa que poucos se recuperam antes de atingir sua maioridade e quando atingem tendem a permanecer na marginalidade. O que logo representa uma falha nas primeiras medidas tomadas e aplicadas em relação ao jovem infrator (SÁ, 2009, p. 26)

Os casos se agravam ainda mais quando envolvem drogas, crimes contra a vida ou patrimônio, ao qual encontra-se maiores incidências de adolescentes de classes sociais mais abastadas em que fica mais difícil encontrar justificativas para a participação.

Sobre essa temática, ao analisar os estudos de Shecaira, Sá (2009), aponta:

Nos dizeres do autor muitos jovens ao entrarem para um grupo ou gangue, decorre da vontade de se aventurar e do prazer no envolvimento delituoso. Ao furtar, agredir, praticar atos de vandalismo envolve uma excitação muito comum na idade de amadurecimento e decorre do interesse de auto-afirmação entre seus pares. (p. 27)

Contudo, não podem ser descartados os casos em que a própria família constitui em um projeto que não existe fora do ambiente do crime, por já existir contatos e formas de lucratividade efetivos e por isso acabam inserindo adolescentes na violência para aumentar a lucratividade.

A família é uma das instituições que transmitem valores morais e pessoais, sendo fundamental na personalidade do adolescente, que pode desde a infância dar indícios de violência e facilitando a entrada no mundo crime, mesmo que não participe ativamente. Nessa mesma perspectiva, a escola tem sua função, já que a evasão escolar está intimamente ligada com o aumento de criminalidade entre os adolescentes ou até mesmo na formação de grupos que veem a serem gangues.

Outro vetor destacado é a comunicação de massa que tem importante papel na formação dos valores da sociedade, com seus programas persuasivos e envolventes de matérias jornalísticas sobre violência, filmes e outros programas que influenciam no campo da criminalidade juvenil. Tudo isso é porque devido a personalidade ainda em formação e mais maleável são facilmente influenciadas pelo meio em razão da larga exposição de violência. Os meios de comunicação participam do processo de socialização do indivíduo, pois transmitem uma imagem codificada do mundo e altera o conteúdo e o significado da realidade. (SÁ, 2009, p. 28)

Quando pensamos em casos individuais, as motivações são inúmeras, mas têm como principais focos: a família, as instituições de ensino e as mídias. Ao qual significa uma ociosidade do adolescente e também como as situações com os amigos são direcionadas, já que são meios que orientam a personalidade do menor.

Outros fatores apontados pelo autor são:

[...] à urbanização, organização e conservação das áreas de moradia como favoráveis à condutas de vandalismos e outras espécies de criminalidade, principalmente quanto à precariedade da falta de infraestrutura e ocupação desordenada que posteriormente venham a criar zonas de risco social. (SÁ, 2009, p. 31)

A partir dessas reflexões é importante que o Estado e a sociedade civil reflitam sobre os motivos da criminalidade na adolescência para que sejam pensadas medidas socioeducativas mais efetivas, para que a reincidência seja cada vez mais evitada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A polêmica ao qual gira em torno da inimputabilidade ou até mesmo da punibilidade dos menores que cometem infrações penais, não permeia a justiça brasileira somente nos dias de hoje. Esse assunto vem sendo discutido ao longo de nossa história, seja em governos autoritários ou não.

Vale salientar que em todos os momentos, quando a criança ou adolescente cometem um ato infracional é como se houvesse um divisor de águas em sua vida, ao qual ele deixa de ser visto como um ser vulnerável e passa a ser marginalizado pela sociedade.

Contudo, o ECA ao ressaltar que a criança e o adolescente não são somente de responsabilidade de seus pais, mas também do Estado e da sociedade, o ato infracional cometido por eles passa a ser uma falha de todos.

Logo, soluções apresentadas como diminuição da maioria penal, acabam sendo não somente paliativas, como não trazem uma eficácia definitiva para o problema, nos exime de nossas responsabilidades como cidadãos e tira do Estado a obrigatoriedade de nos dar segurança e dignidade humana na tratativa com o menor.

Afinal, quem acaba sendo punido são as crianças e adolescentes que vivem no “risco Brasil”, conforme diferencia Reale Júnior (2009), que são as que vivem em onde a violência é cotidiana, ou seja, nas grandes e médias periferias das cidades e que as famílias são desestruturadas e há dificuldade de sobrevivência.

Dessa forma, a criminalidade que envolve menores, nada mais é que um problema social e deve ter o envolvimento de todos, inclusive do Estado para ser solucionado, seja pela Educação ou Assistência Social, mas ao qual juntos, tenhamos o melhor caminho para os nossos pequenos e não o mais fácil.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, J.; **Direito do Menor**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

BANDEIRA, M. A. S.; **Atos Infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus (BA): Editus, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994, 29ª ed, Brasília, DF, Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

_____, Decreto-lei 3.914 de 9 de dezembro de 1941. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm (Acesso em 31/10/2020)

_____, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Art.%20%C2%BA%20Consi,dera%2Dse%20crian%C3%A7a,e%20um%20anos%20de%20idade. (Acesso em 31/10/2020)

CAVALCANTE, C. P. S.; CAMPOS, H. R. Adolescente “Infrator”: Pensares e fazeres no Rio Grande do Norte dos governos militares ao ECA. **Estudos de Psicologia**, vol. 21, nº 3, Natal, RN, julho a setembro de 2016; p. 348-357. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X2016000300348&script=sci_arttext (Acesso em 29/09/2020)

COELHO, F. T. **A eficácia das medidas socioeducativas do ECA diante da reincidência do menor infrator.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Araranguá, SC: Unisul, 2011. Disponível em:
https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3390/108551_Franciaele.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Acesso em 29/09/2020)

MARCOLINO, F. V. C. 30 anos do ECA: um estudo sobre as principais modificações ocorridas na legislação infante juvenil. **Conteúdo jurídico**, Brasília, DF, 2020. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/30-anos-do-ECA_principais-modificacoes.pdf (Acesso em 31/10/2020)

REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SÁ, A. L. C. **As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil.** Monografia (Bacharel em Direito), Brasília, DF: UDF, 2009. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/MonoArthurECA.pdf> (Acesso em 29/09/2020)

SANTANA, F; SILVA, A. C. P da; ALMEIDA F. R. C. de. A ressocialização do menor infrator e as medidas socioeducativas. **Revista Aporia Jurídica**, vol. 01, Ponta Grossa, PR: CESCAGE, julho a dezembro de 2014. Disponível em:
<http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/8/8> (Acesso em 29/09/2020)

VOLPI, M. **ECA, Delitos e Adolescência.** Disponível em:
<https://www.abong.org.br/novosite/download/dcatexto8.pdf> (Acesso em 29/09/2020)

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

ILARA MARIA REIS COELHO:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Estácio de Teresina.

RESUMO: A pesquisa cinge-se a examinar, não exaustivamente, a introdução do acordo de não-persecução penal, que é previsto na resolução número 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. A problemática do artigo científico reside em analisar a constitucionalidade do referido acordo, bem como os princípios constitucionais envolvidos na questão, principalmente a eventual mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A pesquisa pretende evidenciar que o acordo de não-persecução penal é constitucional e que sua introdução no ordenamento jurídico veio em momento oportuno, uma vez que o sistema penal brasileiro enfrenta uma crise sem precedentes. A metodologia utilizada é descritivo-analítica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, documental, pura, qualitativa e exploratória, através de informações e documentos sobre o tema. Destarte, conclui-se que o acordo de não-persecução penal é uma manifestação legítima de política criminal, uma vez que é voltado para crimes de médio potencial ofensivo, abrindo assim, espaço para que crimes mais graves, como por exemplo, os que envolvem violência, tenham uma maior atenção do Estado, que é o detentor da atividade jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não-persecução penal. Constitucionalidade. Política Criminal. Resolução nº 181/2-17 CNMP. Obrigatoriedade da Ação Penal Pública.

ABSTRACT: The research is limited to examining, not exhaustively, the introduction of the non-prosecution agreement, which is provided by Resolution number 181/2017 of the National Council of the Public Ministry. The problem of the scientific article lies in analyzing the constitutionality of the agreement, as well as the constitutional principles involved in the issue, especially the possible mitigation of the principle of mandatory prosecution. The research aims to highlight that the non-prosecution agreement is constitutional and that its introduction in the legal system came at an opportune moment, since the Brazilian criminal system faces an unprecedented crisis. The methodology used is descriptive-analytical, developed through bibliographical, documentary, pure, qualitative and exploratory research, through information and documents on the subject. Thus, it is concluded that the non-prosecution agreement is a legitimate manifestation of criminal policy, since it is aimed at crimes of medium potential offensive, thus opening room for more serious crimes, such as those involving violence, have greater attention from the State, which is the holder of the jurisdictional activity.

Keywords: Non-Prosecution Agreement. Constitutionality. Criminal Policy. Mandatory Public Criminal Action.

SUMÁRIO 1 INTRODUÇÃO – 2. AS SEMELHANÇAS ENTRE O ACORDO FRANCÊS E O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO. 3 CONCEITO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. 4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. 5 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o sistema penal brasileiro encontra-se em um cenário de crise, e entre as possíveis causas geradoras deste problema estão o encarceramento em massa, tratamento inadequado dos presos, superpopulação nas prisões, seletividade penal do público-alvo das ações policiais, processos criminais lentos e falta de confiança na justiça criminal (SOUSA, 2019).

A consistência no número de pessoas privadas de liberdade sem sentença penal transitada em julgado implica dizer que há certamente algo errado com os processos criminais no território nacional. É nítido que os processos não estão tramitando rápido o suficiente ou que a prisão preventiva tem sido usada erroneamente (SOUSA, 2019).

É fato que a morosidade da Justiça brasileira tem gerado excesso de prisões preventivas, excesso de processos prescritos e uma inevitável sensação de impunidade perante aos olhos da sociedade.

Para amenizar a situação exposta, tem-se tentado a ampliação do modelo de Justiça Consensual com o advento da Resolução nº 181 (posteriormente modificada pela resolução nº 183) do Conselho Nacional do Ministério Público que prevê o instituto do acordo de não-persecução penal – que é uma espécie de transação firmada entre o Ministério Público com o autor de crime para que seja ofertado ao sujeito que cometeu o delito o não oferecimento da acusação que daria início à persecução penal, desde que ele cumpra os requisitos presentes no art.18 (que serão expostos posteriormente) da referida resolução.

Ressalta-se que para que o acordo seja oferecido, é necessário que o crime não possa ser objeto de transação penal, que o dano causado não seja superior a vinte salários-mínimos, que o investigado não incorra em alguma das hipóteses previstas no art.76 § 2º, da Lei n. 9.099/95 e que não haja aguardo de cumprimento do acordo para que possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Diante desta conjectura, expõe-se a seguinte questão: O acordo de não persecução penal, previsto em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público é Constitucional?

Ante ao exposto, a pesquisa objetiva analisar a introdução do acordo de não-persecução penal no ordenamento jurídico por meio de uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, bem como analisar a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ressaltar que é de suma importância o estudo do presente tema, sendo necessário avaliar a validade dos acordos de não-persecução penal, visto que o instituto versa sobre uma possível mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como envolve princípios constitucionais como o da celeridade, dentre outros.

Ademais, quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, descritivo-analítica, qualitativa e exploratória sobre o acordo de não-persecução penal, realizada no ordenamento jurídico pátrio, livros, artigos científicos, sites, entre outros.

Os dados serão apresentados em 4 tópicos, a saber: O segundo será abordado as semelhanças entre o acordo francês e o acordo de não-persecução penal brasileiro, no terceiro o conceito e requisitos para a realização do acordo de não-persecução penal, em seguida o constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, e por último será contemplado princípio da obrigatoriedade da ação penal e o acordo de não-persecução penal.

2 AS SEMELHANÇAS ENTRE O ACORDO FRANCÊS E O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

Assim como no Brasil, a França também instituiu mecanismos alternativos para a resolução de casos criminais.

As primeiras tentativas no território francês de lidar com a grande quantidade de casos criminais se deram através da atuação de juízes e de promotores de Justiça, que mesmo sem previsão legal, começaram a aplicar acordos em infrações penais de pequena gravidade (CABRAL et. al, 2019).

Desta feita, o surgimento dos acordos penais em território francês:

(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de “diversificação”, e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito

penal, como também no âmbito social em geral. (...). Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade. (GURIDI, 2009, p.181).

Em virtude dos acordos na França terem se iniciado sem previsão legal, houve uma proliferação destes negócios jurídicos, o que dificilmente ocorrerá em território brasileiro, uma vez que o instituto em estudo traz requisitos objetivos para a realização da negociação criminal, evitando-se, assim, a violação ao princípio da igualdade. (CABRAL,2019).

Os acordos penais na França só foram regulamentados com a aprovação da lei 92-2, de 04 de janeiro de 1993, que promoveu uma reforma no sistema penal francês e instituiu a mediação penal no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que existem semelhanças entre o acordo penal francês e o instituído pelo art.18 da resolução nº 181 do CNMP (posteriormente alterado pela resolução nº 183 do CNMP), uma vez que em território francês:

O Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima. (GURIDI, 2009, p.181).

Fica clara a semelhança entre o acordo francês e o brasileiro, visto que o acordo de não-persecução penal do Brasil é oferecido pela figura do Ministério Público e também traz como requisitos, dentre outros, a confissão de culpa e quando possível, a reparação do dano causado ao terceiro.

3 CONCEITO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não-persecução penal é um instituto extrajudicial que consiste numa transação firmada entre o Ministério Público e o autor confesso de crime devidamente acompanhado por advogado ou defensor público – na qual é ofertado ao investigado o

não oferecimento da acusação que daria início à persecução penal, desde que ele cumpra certos requisitos não privativos de liberdade. (LIMA, 2019).

Sendo assim, conforme o art.18 da resolução 181 do CNMP (posteriormente alterado pela resolução nº 183) o acordo de não-persecução penal pode ser proposto quando:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Resolução 181 CNMP, 2017).

Ora, do *caput* do art.18 da resolução do Conselho Nacional do Ministério Público pode-se notar que existem requisitos imprescindíveis para a realização do acordo, que são: a confissão do formal do investigado, que o crime tenha pena inferior a quatro anos e que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça.

Salienta-se que o requisito imprescindível da confissão formal do investigado feita no acordo de não-persecução penal é retratável, não ocasionando culpa do investigado, semelhante ao que ocorre no inquérito policial. A confissão busca:

[...] assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confidente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido (SOUZA, 2017, p.1).

Demais, de acordo com o §2º do artigo estudado, as tentativas de realização do acordo, bem como a confissão detalhada devem ser feitas mediante gravação de vídeo, a fim de se obter uma maior segurança nas informações. Desta forma têm-se:

[...] uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de modernizar os procedimentos. A gravação em meio audiovisual, além de captar com mais veracidade o contexto em que se deram os acontecimentos, permite ao órgão julgador rememorar as circunstâncias do momento de tomada dessas informações (BARROS E ROMANIUC, 2018, p.53).

Além disso, quanto ao requisito quantitativo da pena, para se verificar se o crime tem pena inferior a 4 (quatro) anos é necessário a checagem preliminar das causas de aumento e de diminuição de pena, conforme o §13 do referido artigo. Ademais, o requisito da violência é considerado em sentido amplo, isto é, não envolve apenas violência física.

Quanto aos incisos I ao V do art. 18 são condições que podem estar presentes no acordo ou não, ou seja, cada acordo será adequado a um caso específico.

Apesar dos incisos citados trazerem sanções ao investigado, estas não podem ser consideradas penas, uma vez que os requisitos são trazidos antes do início da persecução penal, sendo que as condições que mais se assemelham às penas trazidas pela legislação penal são a prestação de serviços comunitários e a condenação em pagamento de prestação pecuniária, que sequer importam em pena de privação de liberdade. (GARCIA, 2018).

Importante trazer a lume que o acordo de não-persecução penal, de acordo com o §1º do art.18, não poderá ser efetivado nas seguintes hipóteses:

I – For cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – O aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – O delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – A celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Cabe informar também que o acordo de não-persecução penal após ser firmado pelo Ministério Público e pelo investigado será submetido ao juiz, que fará o juízo de admissibilidade do acordo, caso este seja admissível, será devolvido ao Ministério Público para que seja implementado. É o que diz o §5º do art. 18 da resolução nº 181/2017: “Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação” (BRASIL, 2017, p. 18).

Considerando-se o atual panorama da Justiça penal brasileira, pode-se inferir que o acordo de não-persecução penal, que como exposto acima só pode ser proposto para crimes com pena inferior a 4 (quatro) anos, é essencial para melhor tramitação dos processos criminais, uma vez que cairá a quantidade de causas nas varas criminais, ensejando, de certa forma, a concretização do direito fundamental previsto no art.5º, LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o autor Cabral (2019, p.40), assevera que:

Referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime. Tal proposta segue o exemplo de países como os Estados

Unidos e Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais são resolvidos por meio de acordo.

Finalmente, cabe indicar que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2017, p.2) no relatório que antecede o texto da resolução, reconheceu os problemas enfrentados pela justiça brasileira:

(...)Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais(...).

Destarte, a lógica do instituto é que se dê uma maior celeridade aos casos criminais de menor gravidade, dando-se uma resposta imediata, porém, menos intensa que uma ação penal.

Desta feita, expõe o doutrinador Silva (2016, p.41):

(...) relembre-se que os processos penais são orientados, dentro da democracia dos Estados, como uma forma de obtenção tanto de segurança como de confiabilidade das estruturas jurídicas, o que deve ser conseguido com a maior eficácia e efetividade possível – até mesmo para consecução de uma pena mais justa.

Ademais, o objetivo é que haja uma menor quantidade de pessoas cumprindo pena privativa de liberdade, que se dê prioridade ao julgamento de crimes mais gravosos, e que quando for possível, haver reparação imediata do dano causado à vítima.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

No Brasil, existem dois modelos de Justiça Penal consensual, o modelo para delitos de pequena gravidade, que está presente na lei 9.099/1995 e o modelo para crimes mais graves, que envolvem organizações criminosas, através da colaboração premiada, prevista na lei 12.850/2013.

Havia, portanto, uma lacuna para os crimes de médio potencial ofensivo, que foi preenchida pelo acordo de não-persecução penal.

É imensa a discussão sobre a constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, uma vez que o instituto, diferentemente dos outros modelos de Justiça Penal consensual, foi introduzido por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, mediante competência estabelecida pelo art. 130-A, §2º, I da Constituição Federal de 1988.

A existência da discussão é comprovada mediante duas ações diretas de inconstitucionalidade que existem perante o Supremo Tribunal Federal, tendo uma sido proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Para a OAB, conforme ADI nº 5793, o novel instituto se encontra eivado de inconstitucionalidade, uma vez que usurpa competência privativa da União. Além disso, ofende vários princípios constitucionais, a saber, princípio da reserva legal, segurança jurídica, imparcialidade, contraditório, devido processo legal e a ampla defesa. Na ADI, a OAB indicou ainda que as resoluções do CNMP não podem se confundir com leis em sentido formal, uma vez que não podem modificar o ordenamento jurídico.

Já a AMB, conforme ADI nº 5790, argumentou que se fora necessária elaboração de lei pelo Congresso Nacional para que o Poder Judiciário pudesse realizar “conciliação” para hipóteses da lei 9.099/95, bem como a concessão de perdão judicial ou redução de pena para investigados que realizassem a colaboração premiada (conforme lei nº 12.850/2013), também seria necessária a intervenção do Congresso Nacional para a implementação do acordo de não-persecução penal.

Os argumentos elencados nas respectivas ações diretas de inconstitucionalidade não devem prosperar. A Carta Magna, no art.130-A, §2º, inciso I, atribui ao Conselho Nacional do Ministério Público a alçada de “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. (BRASIL, 1988, art. 130. §2º, I).

Não obstante, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), portanto, também do CNMP, assumem caráter normativo primário, conforme o seguinte julgado:

Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da

separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco;

b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)

Desta maneira, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira é estável no sentido de que o CNMP pode expedir regulamentos autônomos, desde que estes sejam direcionados a regularizar de maneira direta a aplicação de princípios constitucionais (CABRAL, 2018).

Exemplo parecido de aplicação destes regulamentos e que atualmente se encontra vigente é o instituto da audiência de custódia, que foi instituída por resolução do CNJ.

Cabe ressaltar que o acordo de não-persecução penal está de acordo com a resolução da Organização das Nações Unidas conhecida como Regras de Tóquio – oficialmente denominada de “Regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade” – cujo objetivo final é incentivar uma série de medidas que visam o estímulo à aplicação, quando possível, de medidas não privativas de liberdade. (CNJ, 2016).

No ordenamento jurídico brasileiro, a única forma para que a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público seja atendida, seria a admissão de critérios de oportunidade pelo Ministério Público, em que o referido órgão abriria a possibilidade de não oferecer a ação penal, mediante cumprimento de prestação alternativa que não ensejasse pena privativa de liberdade, igualmente nos termos trazidos pelo CNMP (CABRAL, 2019).

Para se rebater a afirmação de que o acordo tem natureza penal, é necessário entender o conceito de pena, por isso, de acordo com o ilustríssimo professor Masson (2012, p.540):

Pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou na restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada a sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

Já de acordo com Nucci (2017, p.308), pena: “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Portanto, ao contrário do que é afirmado pelos críticos da resolução, o acordo de não-persecução penal não tem natureza penal, uma vez que não existe a aplicação de uma pena. O que existe é a possibilidade de um acordo entre o investigado e o Ministério Público anterior ao início da persecução, que ensejará apenas sanções. Caso o investigado não tenha interesse no acordo, o caminho a ser tomado pelo Ministério Público é o de oferecer a denúncia.

A resolução de que trata o acordo de não-persecução penal também não pode ser considerada norma de natureza processual penal, visto que não há a existência de processo judicial. O que se tem é um acordo de natureza extrajudicial, realizado antes mesmo da existência de um processo judicial.

Nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal quanto a normas de direito processual é a seguinte:

São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição (ADI 2.970, rel. min. Ellen Gracie, j. 20-4-2006, P, DJ de 12-5-2006).

Desta forma, é patente a constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, vez que o instituto não tem natureza penal e nem processual penal e apesar de não ter sido instituído por lei, foi instituído por uma resolução que tem força de ato normativo primário e versa sobre política criminal.

Portanto, o acordo tem natureza procedimental, tratando-se, conforme Cabral (2018, p.36) de: “um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público”.

Sendo assim, não há como se falar em inconstitucionalidade, visto que não há usurpação de competência privativa da União (prevista no artigo 22, incisos I e II da Constituição Federal de 1988).

5 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

A ação penal pública incondicionada é a que tem como titular o Ministério Público que independe de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. No ordenamento jurídico brasileiro a ação pública incondicional é a regra, e será cabível em todos os casos em que a lei for silente sobre o tipo de ação penal a ser utilizada (TÁVORA, ALENCAR, 2019).

Conforme o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, o Ministério Público, tendo elementos de prova suficientes de que aconteceu um fato típico, antijurídico e culpável, deverá fazer o oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, Nucci (2017, p. 1059) afirma que o princípio da obrigatoriedade: “estipula que é indispensável a propositura da ação, quando há provas suficientes a tanto e inexistindo obstáculos para atuação do órgão acusatório”.

É o mesmo entendimento de Lima (2016, p.229):

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

A pesar de parcela relevante de a doutrina defender a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, este não está previsto expressamente no ordenamento

jurídico brasileiro. O que está previsto é que é função do Ministério Público, conforme art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, promover, privativamente, a ação penal pública.

Neste mesmo sentido, dispõe o art.24 do Código Penal brasileiro: “nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo”.

Fica nítido que os dispositivos supracitados apenas atribuem à competência de promover a ação penal ao Ministério Público, não que este seja obrigado a oferecê-la. Portanto, ao contrário do que é afirmado, quando o MP deixa de promover o oferecimento da denúncia para oferecer ao investigado o acordo de não-persecução penal, o referido órgão não está descumprindo o que está exposto na Constituição Federal de 1988.

Evidente que o oferecimento da denúncia não pode ser considerado o único caminho a ser trilhado pelo Ministério Público, até porque, o princípio da obrigatoriedade não é absoluto. Prova disso é a existência da lei nº 9.099/95, que previu os institutos da transação penal (art.76) e da suspensão condicional do processo (art.89).

Neste diapasão, diz Silva:

Com a publicação da Lei 9.099/1995 o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são facultativas. O membro do Ministério Público não tem total discricionariedade de optar, ou não, pela aplicação dos benefícios. Há discricionariedade regrada em que é realizada análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada, pode o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com critérios legais. (2016, p. 1).

Corroborando esse entendimento, o respeitado autor Lopes Júnior (2018, p.168) entende a transação penal como: “relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada”.

Além disso, ainda existe a lei da colaboração premiada (nº 12.850/2013) que prevê no seu art. 4º, §4º, que o MP poderá deixar de oferecer a denúncia, desde que o indivíduo

não seja o líder da organização criminosa, bem como seja o primeiro a prestar colaboração efetiva.

Portanto, é inequívoca a mitigação do princípio da obrigatoriedade no ordenamento Jurídico pátrio, vigorando assim, como disseram os autores citados, a discricionariedade regrada.

O Conselho Nacional do Ministério Público ao introduzir o acordo de não-persecução penal no Brasil pautou-se no princípio da oportunidade, bem como nos problemas enfrentados pelo sistema penal brasileiro, como por exemplo, a superpopulação nas prisões, a desconfiança da sociedade no sistema criminal, a morosidade da justiça, dentre outros.

Segundo o processualista Lima (2016, p.334), o princípio da oportunidade:

Consiste, pois, na faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.

Conforme supracitado, o acordo de não-persecução penal tem suas bases no princípio da oportunidade, no qual o titular da ação penal, que no caso, é o Ministério Público, tem a opção, e não a obrigatoriedade, de propor a ação penal quando tiver notícia de que tenha sido cometido um fato delituoso. A opção exercida será feita mediante interesse público.

É nítido que o instituto em estudo favorece a sociedade. Desta forma, defende Cabral (2017, p. 363) que:

Num modelo sem acordo, a demora na tramitação processual, o excesso de serviço e a pressa para fazer frente a essa carga de trabalho, gera seríssimos efeitos colaterais. É dizer, num modelo tradicional, sem acordo, paga-se um alto preço com a proliferação de injustiças. Essas injustiças são de duas ordens. De um lado, o Estado descumpre o seu dever de tutela jurídica, de outro, por mais surpreendente que possa parecer, se enfraquece substancialmente a capacidade do processo penal de ser um processo materialmente justo.

Finalmente, cabe aqui dizer que os efeitos gerados pelo acordo de não-persecução penal, em geral, são positivos, ressaltando-se que as expectativas das vítimas, em se obter justiça podem ser saciadas rapidamente, o que não aconteceria mediante todo o trâmite de um processo judicial, visto que de acordo com o relatório Justiça em Números

2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a duração média de um processo criminal para que seja proferida uma decisão na fase de conhecimento é de 3 (três) anos e 1 (um) mês.

Já para a fase da execução da pena, os processos que envolvem pena de prisão duram cerca de 3 (três) anos e 9 (nove) meses e os que não envolvem penas de prisão, tem duração de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses. (CNJ, 2017).

Até pessoas que possuem posicionamento contrário ao acordo, reconhecem que é impossível de se levar todos os casos criminais ao completo julgamento, como é o caso do Professor alemão Schöneman (2009, p.423), que disse:

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.

De tal maneira, é necessário que se dê uma chance à nova resolução do CNMP, para que futuramente não se tenha que se decretar a falência do sistema penal brasileiro. (CABRAL, 2017).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou o acordo de não-persecução penal, instituído pelo art. 18 da resolução nº 181/2017, posteriormente alterada pela resolução nº 183/2018, do CNMP, que visa promover uma negociação entre o órgão acusador e o investigado, para que haja o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, desde que o investigado cumpra determinados requisitos.

Por ter sido instituído por uma resolução do CNMP, o instituto em estudo é visto por alguns doutrinadores como não constitucional. É cristalino que o melhor caminho seria que o acordo fosse efetivado por meio de lei, desta forma, cessariam as críticas de que o CNMP usurpou competência privativa da União.

Inclusive, existe uma tentativa de se regularizar o acordo de não-persecução penal por meio de lei, vez que o instituto está presente no pacote anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça no ano de 2019.

Entretanto, o fato de não ter sido instituído por lei não quer dizer que o acordo seja inconstitucional, até porque, a resolução não trata de matéria penal ou processual penal, mas sim de política criminal a ser efetivada pelo Ministério Público, concretizando, assim, a independência funcional de seus membros e a sua função constitucional. Não há como se falar em violação da competência privativa da União estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Analisando-se a atual situação do sistema criminal brasileiro, em que se observa o uso demasiado de prisões preventivas, o excesso de processos prescritos e a demora para se julgar casos criminais, cabe dizer que a resolução do Ministério Público veio em momento oportuno.

Além disso, o acordo de não-persecução penal é um instituto que gera rápido impacto no ordenamento, uma vez que a confissão faz com o que o investigado defina sua situação desde logo, iniciando assim o cumprimento da sanção diferente da prisão. Há também, diminuição no número de ações criminais propostas e uma resposta imediata à vítima.

Desta forma, vislumbra-se que o acordo de não-persecução penal além de constitucional, é também estritamente necessário no sistema penal brasileiro, que está em evidente crise.

7 REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Negociação de Sentença Criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Brasília – DF. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de Agosto de 2017**. [Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.] Brasília – DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 25 de out. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. [Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do ministério público]. Brasília –DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2019.

_____. [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: 20 out. 2019.

_____. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 de out. 2019.

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 de out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5790**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027. Acesso em 20 de out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5793**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159. Acesso em: 20 de out. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840. Acesso em: 20 de out. de 2019.

BARROS, Dirceu Francisco; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e prática**. São Paulo: Jhmizuno, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova resolução do CNMP**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 20 de out. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira et al. **Acordo de não-persecução penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Brasília, DF. Acesso em: 10 de out. de 2019.

DEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 10 de out. de 2019.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. **La mediación penal para adultos**: Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 181-182;

GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-brevesreflexoes.html>. Acesso em: 23 de out. 2019;

LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado, parte geral**. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global, in Obras**. Tomo II, Rubinzal Culzoni: Buenos Aires, 2009.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**: O processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: Juspodivm, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência do plea bargain**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em: 15 de out. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA)

WENDEL XAVIER CHAVES:
Bacharelado em Direito da
Faculdade Serra do Carmo - Fasec

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA
(orientadora)

RESUMO: O estudo possui como propósito apresentar ao leitor a Efetividade da Lei Maria da Penha após o sancionamento da mesma em 7 de agosto de 2006. Para isso, foram realizadas análises bibliográficas em artigos disponibilizados na The Scientific Electronic Library Online (SCIELO), com a finalidade de melhor compreensão do assunto abordado, além da coleta de dados qualitativos. Ou seja, metodologicamente a pesquisa caracterizou-se como bibliográfica. O estudo é iniciado com o intuito de manifestar uma breve descrição sobre o processo histórico que levou a implementação da Lei supracitada. Além da introdução do seu contexto histórico, fora abordado no estudo apresentado, a efetividade Lei n. 11.340/06 como mecanismo de segurança pública, a fim de garantir a prevenção contra o feminicídio e a violência contra a mulher. No entanto, a partir dos resultados obtidos, foi possível constatar que apesar da implementação e o avanço dessa lei, a mesma não foi capaz de coibir o feminicídio e a violência contra a mulher.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência contra a mulher. Feminicídio.

ABSTRACT: The purpose of the study is to present to the reader the Effectiveness of the Maria da Penha Law after it was sanctioned on August 7, 2006. For this purpose, bibliographic analyzes were carried out in articles available in The Scientific Electronic Library Online (SCIELO), with the purpose of better understanding of the subject covered, in addition to the collection of qualitative data. In other words, methodologically, the research was characterized as bibliographical. The study begins with the aim of providing a brief description of the historical process that led to the implementation of the aforementioned Law. In addition to introducing its historical context, the effectiveness Law n. 11,340/06 as a public security mechanism, in order to guarantee the prevention of femicide and violence against women. However, from the results obtained, it was possible to verify that despite the implementation and progress of this law, it was not able to curb femicide and violence against women.

Keywords: Maria da Penha Law. Violence against women. Femicide.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A dimensão da violência contra as mulheres; 2. A violência contra a mulher; 3. O agir das políticas públicas em proteção a mulher; 4. A lei Maria da Penha; 4.1 A efetividade da lei Maria da Penha; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Quando ocorre a violência contra a mulher traz a ela sérios problemas a sua saúde mental e física que não são curadas com o tempo ou que ficam com ela até o fim de sua vida. A violência afeta não somente a ela, mas também um todo e principalmente sua família. Esses efeitos incluem danos à saúde de um indivíduo, possivelmente danos a longo prazo às crianças que assistem essa violência e danos a comunidades como trabalho perdido e falta de moradia.

Observa-se que as evidências sobre a eficácia das estratégias de prevenção primária para parceiros íntimos e violência sexual são limitadas, com a esmagadora maioria dos dados derivados de países de alta renda. Consequentemente, as altas prioridades atuais nesse campo incluem a adaptação de programas eficazes de ambientes de alta e baixa renda; avaliar e refinar ainda mais aqueles cujas evidências estão surgindo; e desenvolver e testar estratégias que parecem ter potencial, especialmente para uso em ambientes com poucos recursos, com avaliação rigorosa de sua eficácia.

A violência contra mulheres é complexa e não aceitável, é por isso que deve-se combater de forma geral a todos esse problema que traz sofrimento, angústia, tristeza, dor, solidão e muitas vezes por gerar até a morte provocada ou suicídio para as mulheres que sofrem por todo esse constrangimento psicológico, físico e moral. Esse tema é algo bastante desafiador em todas as esferas e por mais que se fale ainda existem muitas mulheres que não conhecem seus direitos e muitas outras pessoas que conhecem e mesmo assim não dão importância para o assunto, essa pesquisa tem como objetivo mostrar as violências domésticas contra as mulheres e a ineficácia de medidas protetivas que consiste na lei Maria da Penha.

Esse estudo irá contribuir para ampliação da informação, demonstrar que tudo que se sabe ou que se pode fazer é bom, mas ainda é pouco diante do problema global a qual esse tema se refere, a informação é o principal veículo para que se possa, conhecer o problema, criar projetos de enfrentamento e estimular as mulheres tanto da sociedade e principalmente da comunidade acadêmica que muitas vezes a maioria é feminina, conhecer seus direitos e talvez por alguma razão não lute para que eles venhas se cumprir.

O presente estudo trata-se de um trabalho único, que tem a finalidade de um certo crescimento nesse ramo estudado e da profissão escolhida. Tem o propósito ainda de comprovar a instituição de ensino, os entendimentos através de estudos que foram

pautados no andar do curso. Sendo através deste, que a Universidade busca identificar qualidades que farão do universitário um bom profissional, dentre elas a capacitação técnica específica, autonomia e flexibilidade.

Esse tipo de violência vem sendo praticado há muito tempo e até nos dias atuais ela permanece. Em decorrência dessa prática lesiva existe a carência de uma lei que venha a amparar e proteger as vítimas para que os devidos agressores venham a sofrer as penalidades. Com isso no dia 7 do mês de agosto do ano de 2006, uma lei específica foi sancionada, a mais conhecida Lei Maria da Penha. Mesmo com leis como está que venham a punir esse crime, vários casos acontecem silenciosamente onde vem a dificultar a efetividade dessa lei.

O artigo tem como objetivo expor os tipos de violência que as mulheres sofrem, como tais violência podem afetar o psicológico e emocional delas além de destacar a efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha no Brasil. Tal objetivo foi desmembrado em três objetivos específicos: Conhecer os tipos de violência que as mulheres sofrem; Compreender como se dá a aplicação dessa no Brasil; Mostrar como deve ser feito o enfrentamento contra esse crime, e assim eliminar ou reduzir ao máximo a violência contra as mulheres.

1. A DIMENSÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Existem vários tipos de violências contra mulheres como a violência psicológica, violência física, moral, sexual e também a violência patrimonial e aqui iremos abordar algumas delas para que se possa compreender a situação e complexidade de cada caso.

E temos que destacar que segundo a Lei nº. 11.340/2006, intitulada como Lei Maria da Penha, a violência contra mulher é "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, tanto no espaço público como no privado" (BRASIL, 2010, p.4).

Cerqueira e Coelho (2014) destacam algumas das principais violências. Principais violências. A primeira a ser abordada é a violência física, que é uma ação ou omissão onde venha a impor danos a integridade de uma pessoa, chegando a ser mortal. São várias as maneiras que venha a ser concretizado esse ato, pode ser por chutes, lançamentos de objetos, estupro, ou o uso de armas. Em decorrência de denúncias contra este tipo de violência, os competentes fazem o encaminhamento da mulher que sofreu essa lesão ao corpo de delito, são inúmeros os casos onde essa vítima com medo de ser humilhada e também por medo de ser maltratada ao chegar em casa não venham a registrar a ocorrência (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

O Código Penal Brasileiro no corpo do art. 129 mostra que a lesão corporal é: “Ofender a integridade corporal ou saúde de outrem: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano”. E se a lesão for contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge, companheiro, ou com quem conviva e tenha convívio, e ainda, prevalecendo-se o agente a relação doméstica de coabitação ou hospitalidade a pena vai de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos, e será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência

Se tratando das violências morais e verbais, tem como conceito baseado em todo comportamento que venha a incidir a difamação por meio de injúrias, por meio de insultos, calúnias e ofensas, e quase sempre ela vem acompanhada da violência psicológica (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

A Violência sexual é aquela violência onde ordena a mulher a ter relações sexuais com a pessoa. Pode ser também uma relação sexual que se concretiza com o uso de armas, ameaça ou qualquer outro meio que venha a forçar a mulher a isso. Pode-se trazer aqui outros meios que desagradem a mulher, como por exemplo: Obrigação de ver vídeos ou fotos pornográficas ou fazer sexo com outras pessoas que não seja de sua vontade (DINIZ; GUMIERI, 2015).

Segundo o código penal em seu artigo 213, “Estupro consiste em constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses à 10(dez) anos” (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

A violência patrimonial é conceituada em atos onde o agressor retirar da mulher bens que são seus, como objetos de trabalho ou até a subtração do seu próprio dinheiro (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

“O vocábulo violência vem da palavra latina vis, que quer dizer força e se refere às noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro” (CASIQUE e FUREGATO, 2006). Em vista disso, é pertinente afirmar que o agressor utiliza da sua superioridade física para oprimir a vítima.

É pertinente afirmar que o agressor utiliza da sua superioridade física para oprimir a vítima. Isso se estabelece tanto nas agressões físicas, através de luta corporal, empurrões, agressões e etc., como nas psicológicas, utilizando a dependência emocional da vítima para impedir o distanciamento da mesma, por intermédio de chantagens emocionais e até ameaças. Dessa forma, violência pode ser definida como o ato de restringir a liberdade individual de uma pessoa tanto fisicamente como moralmente (TELES e MELO, 2002).

Além disso, a violência contra mulher é algo que transcende épocas. A mesma, é capaz de ser modificada conforme as novas gerações são estruturadas novamente. Com isso, conforme novas gerações e culturas foram se estabelecendo no decorrer da história humana, novas formas de violências de gênero foram sendo criadas e aplicadas e por muitas vezes veladas (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

Tratando-se especificamente da violência, não existe uma evidência científica sólida que explique categoricamente sua natureza, e o porquê de um determinado indivíduo praticá-la contra outro indivíduo considerado inferior por si próprio.

Todavia, é levado em considerações aspectos culturais, os quais o indivíduo fora exposto durante a infância e início da vida adulta. Pois, o ciclo social nos primeiros anos de vida é capaz de formar valores e o caráter do ser humano (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

Ademais, também se destacou durante o movimento feminista, inúmeras denúncias contra atos lesivos contra as mulheres, pois as violências que ocorriam dentro dos lares eram veladas e as vítimas não recebiam o devido apoio e amparo da sociedade da época (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

Para a Organização Mundial da Saúde (1998), citado por Teles e Melo (2002), a violência contra a mulher é muito maior do que os dados estabelecem: “[...] a violência contra a mulher no âmbito doméstico tem sido documentada em todos os países e ambientes socioeconômicos, e as evidências existentes indicam que seu alcance é muito maior do que se supunha”

A princípio, a violência de gênero trata-se de um dos principais influenciadores da violência contra a mulher. Antes desse tópico ser aprofundado, é necessário o entendimento referente a definição de gênero. Na gramática, gênero é definido como uma categoria que permite flexionar palavras, conforme o sexo (masculino e feminino) do indivíduo ou objeto sexos se encontra, e em alguns casos, ocasionar o óbito da mesma (TELES e MELO, 2002).

Antropologicamente, estudiosos descartaram a definição dessa palavra e utilizaram somente as desigualdades socioculturais que definem cada indivíduo, as repercutindo em várias esferas da vida de qualquer um dos sexos (TELES e MELO, 2002).

Na obra de Teles e Melo (2002), É exposto a definição de gênero por um ponto de vista antropológico, a fim de explicar como ocorre a violência de gênero no corpo social. Na mesma, é abordado que ambos os sexos exercem papéis diferenciados definidos socialmente, criando assim, “dominação” de um sobre o outro. Em suma, por causa de papéis definidos a cada sexo, a violência é perpetrada pelo homem sobre as mulheres, por

simplesmente serem desse sexo, caracterizando a violência de gênero (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

Além da violência de gênero, encontra-se inclusive como forma de violência dentro de sua própria família. Essa violência ocorre por parte de integrantes da família, que podem morar ou não com o indivíduo. Ela é caracterizada por agressões físicas, psicológicas, econômicas e até sexuais, afetando o indivíduo física e emocionalmente (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

Sagot (2008) apud Machado et al. (2014) relata que a violência contra a mulher é produto de uma combinação de fatores pessoais, situacionais, relacionais e macroestruturais que se relacionam para formar um sistema de dominação favorável ao opressor.

Essas violências acima citadas é algo enraizado culturalmente no agressor, e que a submissão da mulher, inclui o sexo da vítima, dependência emocional e principalmente econômica. No entanto, o Brasil encontra-se no século XXI, e a violência contra a mulher permanece após o período colonial, transformando a problemática de responsabilidade do Estado democrático brasileiro (MACHADO et al., 2014).

Conforme abordado no estudo de Casique e Furegato (2006), o abuso é caracterizado como causador de danos intencionais à vítima, através de agressões físicas, como bofetadas e empurrões, onde infelizmente pode levar a mulher a morte. Além dessa definição, o abuso é tudo aquilo que promova a opressão da mulher.

Grande parte dos abusos, ocorrem principalmente pelo companheiro da vítima, o qual pode ocorrer mediante a agressões físicas, psicológicas, econômicas e sexuais, as quais são provenientes dessa ideia de que a mulher deve ser subordinada ao homem (CASIQUE e FUREGATO, 2006).

A decorrência dessa violência é passada de geração em geração, como exemplo disso, uma menina que cresce em um núcleo familiar, o qual discussões e agressões são algo recorrente na sua rotina, crescerá muitas das vezes, com o ideário formado de que aquilo é normal em uma família, e sem que perceba, fará parte de um relacionamento abusivo na vida adulta (TELES e MELO, 2002).

O mesmo infere-se aos meninos, ao desenvolver sua personalidade e seus preceitos morais em um ambiente no qual o seu pai ou padrasto agrida constantemente sua mãe (agressões físicas ou psicológicas), a criança se tornará propensa a desenvolver um ideário de aquilo é normal e necessário para a manutenção de uma família, e inconscientemente poderá reproduzir as mesmas atitudes nas suas parceiras, ou filhas (TELES e MELO, 2002).

3. O AGIR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROTEÇÃO A MULHER

Para fazer uma redução da violência contra a mulher é necessário fazer valer as políticas públicas, desde de 1970 as polícias em favor da proteção das mulheres vêm acontecendo e os principais lutadores para que essa política seja pautada legalmente, foi o movimento feminista que lutavam em favor de seus direitos. A luta foi em decorrência de tentar identificar onde esses crimes estavam sendo cometidos para depois denunciar, era também uma luta pela devida liberdade das mulheres que eram a maioria no país, mas que ainda sofriam retaliações pelo gênero (BRASIL, 2010).

Na época existia uma lei que não tratava com mais rigorosidade os agressores, onde muitos das vezes eles nem era punido como deveriam, nessa mesma época podia pagar uma multa e voltar pra casa ou até mesmo uma doação de cesta básica como meio de punir essa agressão. Felizmente a Lei Maria da Penha da Penha apareceu, mostrando que aos poucos a sociedade foi avançando no que tange a punição desse crime (DINIZ; GUMIERI, 2015).

Na época de sua promulgação Lei recebeu várias condecorações pelo mundo a fora. Na Organização das Nações Unidas, mostrou positividade para a lei que na década era de grande porte para todos, pois ainda a muitos países que tentam levar a rente essa ideia do patriarcado, onde o homem é ainda o maior dentro de casa ou até na sociedade (2004). Na época de sua promulgação Lei recebeu várias condecorações pelo mundo a fora. Na Organização das Nações Unidas, mostrou positividade para a lei que na década era de grande porte para todos, pois ainda a muitos países que tentam levar a rente essa ideia do patriarcado, onde o homem é ainda o maior dentro de casa ou até na sociedade (DINIZ; GUMIERI, 2015).

No ano de 1983, uma mulher chamada Maria da Penha Maia Fernandes que no tempo era casada com Marco Antônio Herredia, acabou sofrendo duas tentativas de assassinato do seu companheiro, em uma tentativa ele usou arma de fogo, e na outra por eletrocussão e afogamento, onde causou danos impagáveis a Maria da Penha deixando-a paraplégica, após o devido processo legal o mesmo tinha sido julgado, mas nem sequer ele havia sido preso. Quase dois séculos após o crime a Comissão Interamericana de Direitos Humanos puniu o Brasil por negligência e omissão, trazendo recomendações de várias medidas às políticas públicas no que diz respeito a esse crime. Depois de todo ocorrido em 2003 o marido de Maria da Penha foi preso, mas cumpriu ainda uma pequena pena (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Depois que a lei entrou em vigor, foram vistas várias mudanças no enfrentamento a esse tipo de violência com a finalidade de trazer uma proteção a mulher. O devido enfrentamento requer vários envolvidos tanto da área da justiça, saúde, educação e

segurança pública, com o foco na desconstrução dessa ideia e que para promover o direito e igualdade das mulheres na sociedade.

4. A LEI MARIA DA PENHA

A princípio, para um conhecimento aprofundado sobre a aplicabilidade desta lei supracitada neste tópico, no processo de combate referente a violência em especial contra as mulheres, é necessário o conhecimento prévio acerca das razões que ocasionaram na implementação da mesma, para isso, no capítulo anterior é apresentado ao leitor o histórico e os tipos de violência de gênero.

Em decorrência das análises bibliográficas, fora observado que a necessidade de intervenção do Estado para promover o amparo das vítimas, é de suma importância, pois em muitos casos a vítima é oprimida e violentada no seu próprio núcleo familiar, além de muitas serem dependentes do agressor financeiramente (MACHADO et al., 2014). A Lei N° 11.340 fora promulgada em 7 de agosto de 2006, tendo como premissa, coibir a violência (de variados tipos) contra a mulher.

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 (BRASIL, 2006, Art. 1º).

A Lei Maria da Penha tem como objetivo tentar frear a violência contra a mulher, nessa definição, também estão inclusas mulheres travestis e transexuais, tendo dessa forma a proteção da lei n° 11.340 assegurada sobre si. “A lei Maria da Penha surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como consequência da condenação do país no sistema Interamericano de Direitos Humanos” (GHERINI, 2019).

Isso ocorreu em decorrência da conturbada trajetória de vida da cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou por seus direitos durante 20 anos, a fim de obter justiça para os crimes do seu agressor, do qual foi vítima de duas tentativas de homicídio, que a deixou com deficiência.

Como visto, a Lei Maria da Penha foi promulgada somente em meados de 2006, tornando-a recente. Por conta disso, é possível deduzir que antes da lei ser instaurada no

país, inúmeras mulheres eram vítimas de violência doméstica sem que os casos fossem tratados com a devida importância pelo Estado (GHERINI, 2019).

Antes da Lei nº 11.340 ser instaurada em 2006, os casos de violência doméstica eram julgados mediante a Lei 9.099/95, onde alguns casos eram considerados como crime pequeno sem muita força, proporcionado somente uma pena de poucos anos de prisão, e em outros casos a pena do agressor era convertida em serviços comunitários e cestas básicas, tornando-o uma ameaça à vítima, mesmo após as denúncias serem realizadas (MENEGHEL et al., 2013).

Tratando-se das especificações e direitos assegurados pela Lei nº 11.340, é ressaltado que:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006, Art. 2º).

Insta salientar que essa lei em favor das mulheres vítimas dessa violência específica não trata de todas as violências de gênero, mas da violência exercida através do homem em desfavor da mulher, a qual evidencia uma concepção machista e patriarcal referente ao poder do homem sobre a vítima (SILVA, 2006).

Logo, agressores detidos pela Lei supracitada, não possuem direito a fiança no âmbito policial, assim como suas penas não poderão ser convertidas em prestação de serviços comunitários ou cestas básicas, medidas tomadas a fim de coibir os agressores (SILVA, 2006).

Além dessas providências tomadas para inibir o agressor, medidas também foram criadas para garantir maior segurança à vítima e seus familiares, medidas protetivas são utilizadas quando existe a necessidade da proteção dessas vítimas de violência doméstica, pois com essas medidas, será estabelecido limites de distanciamento entre a vítima e seu agressor (SILVA, 2006).

Com isso, segundo Silva (2006), nota-se que mesmo diante das inúmeras medidas para proporcionar a segurança da mulher, a violência por parte do agressor persiste, e a mesma é ocasionada principalmente pela cultura patriarcal brasileira.

[...] é comum que a medida protetiva seja usada depois que um crime já tenha sido cometido, como ameaça, lesão corporal, estupro, injúria, dentre outros. A Lei nº 13.641, de 3 de abril de

2018 alterou a Lei Maria da Penha incluindo o artigo 24-A que cria o crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência com pena de detenção, de 3 meses a 2 anos. Isso significa que o agressor que descumprir medida protetiva poderá ser preso e processado por este crime, além dos outros que possa já ter cometido contra a vítima (SILVA,2006).

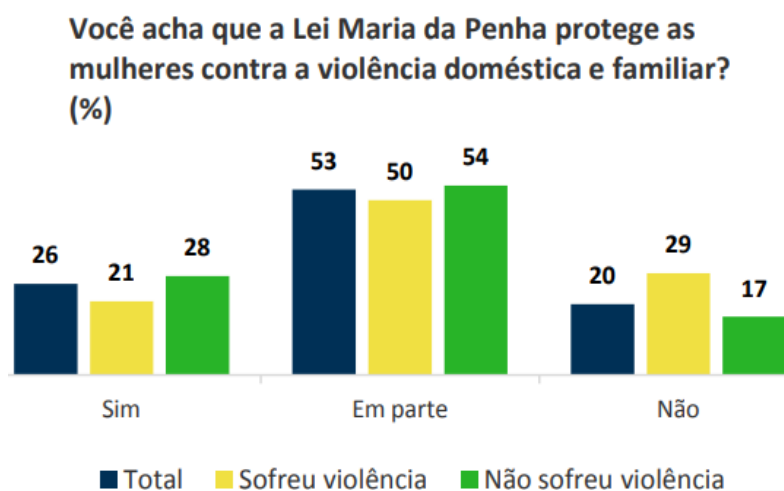
É comum ver muitas mulheres vítimas dessas agressões não cooperarem em denunciar as instâncias legais quando o agressor descumprir a medida protetiva, fazendo assim com que não aconteça a devida efetividade da lei. Logo a frente irá ser discutido essa efetividade e mostrar quais são as possíveis dificuldades para que a lei faça valer.

4.1 A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Apesar das medidas protetivas e punitivas estabelecidas, a efetividade da Lei Maria da Penha é questionada pela população, principalmente pelas mulheres. O estudo realizado pelo Senado Federal (2017), entrevistou mulheres de variadas classes sociais, idade e etnias, assim como foram ouvidas mulheres vítimas ou não de violência doméstica.

Como resultado, para 26% das entrevistadas a Lei Maria da Penha protege as mulheres, 53% relataram que ela protege em parte e 20% responderam que não protege. Entre as vítimas de violência doméstica entrevistadas, 29% disseram que não protege, contra 17% de mulheres não vítimas, que disseram que não protege (BRASIL, 2017). Os dados podem ser observados graficamente na figura 1.

Figura 1: Efetividade da Lei Maria da Penha



Fonte: Senado Federal, 2017.

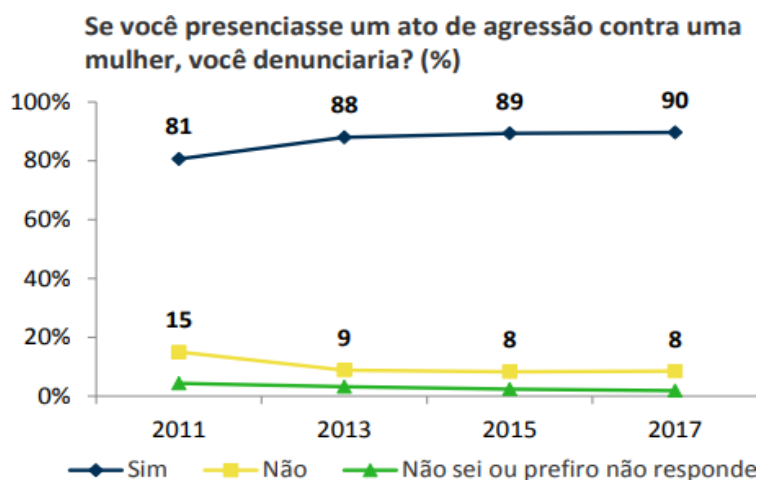
Na legalidade dessa lei representou inúmeros avanços, e não há dúvidas sobre a eficiência das suas disposições legais para punir o agressor e proteger a vítima. No entanto, boa parte das agressões ocorrem nas casas das vítimas, de maneira privada e velada (SUCASAS,2019).

Algumas mulheres não denunciam, seja por medo ou por acharem que se a violência física não ocorreu, aquilo não é caracterizado como agressão. Por isso, a contribuição da comunidade civil através das denúncias anônimas, são necessárias para esses casos chegarem até à polícia (SUCASAS,2019).

Apesar de se reconhecer os avanços da legislação, muitos são os desafios para se alcançar efetivamente a igualdade entre homens e mulheres, pois, em situações em que o crime já ocorreu, encaixar a situação na lei Maria da Penha pode ocasionar prejuízos à vítima, como ausência de possibilidade de conciliação ou transação penal e até mesmo extinção da punibilidade em decorrência da prescrição (RIBAS, 2017).

Como demonstrado na pesquisa realizada pelo Senado Federal (2017), 90% dos entrevistados em 2017 (mulheres) afirmaram que realizariam denúncias, caso presenciasse algum grau de violência contra a mulher, como apresentado graficamente na figura 2.

Figura 2: Denúncias apresentadas no ano de 2017.



Fonte: Senado Federal, 2017.

A partir disso, é perceptível que o corpo social feminino, em sua “esmagadora” maioria, contribui com o trabalho da polícia, mediante a realização de denúncias caso algum caso seja presenciado ou notado (SUCASAS, 2019).

Em contrapartida, no Brasil ainda existe uma cultura patriarcal, na qual se mantém o ideário de que não se deve intrometer na vida de um casal, acontecendo assim a inibição denunciarem as agressões, em consequentemente disso vem a reprimindo a devida efetivação da Lei Maria da Penha no Brasil (SUCASAS, 2019).

No Estado do Amazonas, mulheres elaboraram sugestões para tentar efetivar a lei na região. Participaram disso, mulheres de etnias indígenas, negras e transsexuais.

O evento ocorreu na Defensoria Pública do Estado do Amazonas, e teve como objetivo elaborar um documento com sugestões a fim de promover o efetivo da Lei Maria da Penha, com ênfase em mulheres indígenas, negras e transexuais (SEJUSC, 2019).

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como escopo, inserir o leitor em um contexto histórico referente a violência contra a mulher, assim como enfatizar a efetividade da Lei Maria da Penha, após a sua promulgação em 2006. Em decorrência disso, foram realizadas análises bibliográficas correspondentes aos assuntos supracitados. Com isso, verificou-se a necessidade do Estado em colaboração com a sociedade civil, criarem medidas que aumentem o poder efetivo da Lei nº 11.340 em toda federação.

Antes de tudo, se tornou notório ao longo deste estudo, que a violência contra a mulher é proveniente de uma cultura patriarcal, observada na história brasileira desde o período colonial. Logo, observou-se através das análises bibliográficas, que o homem culturalmente possui a moral formada desde a infância e início da vida adulta. Em muitos casos, em decorrência de uma instrução e educação indevida, esses indivíduos podem obter ao longo da vida atitudes opressoras em seus relacionamentos interpessoais, que podem ocasionar em agressões físicas e psicológicas ao decorrer dos anos.

Ademais, o estudo abordou os graus distintos de agressões, como: física, psicológica, sexual e verbal. Em decorrência disso, a Lei Maria da Penha aparece como o principal mecanismo de solução dessas problemáticas. Pois tal, possibilita maior severidade em punições contra agressores, caracterizando o crime como inafiançável,

diferente de 2006 (antes da Lei ser promulgada), onde agressores poderiam ter sua pena convertida em doações de cestas básicas e a efetivação de serviços comunitários.

Por essa razão, a Lei Maria da Penha além de caracterizar-se como o principal inibidor da violência doméstica no país, desde 2006, também proporciona poder de fala para inúmeras mulheres que até então eram minorias na sociedade, possibilitando assim, a execução do trabalho efetivo da Lei nº 11.340. Portanto, a Lei Maria da Penha é evidentemente efetiva e fundamental em âmbito nacional, no entanto, como apresentado no trabalho referenciado, alguns crimes de violência de gênero no país ocorrem de maneira velada, e necessita da participação da sociedade civil para promover a efetivação da Lei Maria da Penha no país.

REFERÊNCIAS

ALVES, Januária Cristina. **O lado feminino do Brasil colonial: a vida das mulheres no século XXI**. [S. /], 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/o-lado-feminino-do-brasil-colonial-a-vida-das-mulheres-no-seculo-xvi/>. Acesso em: 2 maio. 2021.

AMARANTE, Suely. **Violência contra as mulheres vem crescendo no Brasil**. [S. /], 11 mar. 2019. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/violencia-contra-mulheres-vem-crescendo-no-brasil>. Acesso em: 2 maio. 2021.

AS SUFRAGISTAS e a Primeira Onda do feminismo. [S. /], 9 fev. 2018. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2018/02/sufragistas-primeira-onda-feminismo/>. Acesso em: 29 maio 2021.

BEZERRA, Juliana. **Lei Maria da Penha**. [S. /], 2016. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 2 maio. 2021.

BRANDÃO, E.R. **Nos corredores de uma Delegacia da Mulher**: um estudo etnográfico sobre as mulheres e a violência conjugal. Rio de Janeiro, 2016. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Social, UERJ.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 21 maio. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2010 – **Lei Maria da Penha**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em 01 mai. 2021.

CASIQUE, FUREGATO, Leticia, Antonia Regina Ferreira. VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES: Reflexões teóricas. **Rev Latino-am Enfermagem**, [s. /], 2006.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde**. Brasília: Ipea, 2014.

COIMBRA, RICCIARDI, LEVY, José César Coimbra, Ursula, Lidia. Lei Maria da Penha, equipe multidisciplinar e medidas protetivas. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, [s. /], 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000200012. Acesso em: 2 maio. 2021.

COUTO, Carla Gleiciane da Silva. **A efetivação da Lei Maria da Penha desde seu surgimento até os dias atuais**. [S. /], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42816/a-efetivacao-da-lei-maria-da-penha-desde-seu-surgimento-ate-os-dias-atuais>. Acesso em: 2 maio. 2021.

DINIZ, Débora; GUMIERI, Sinara. **Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012**. In: SENASP. Pensando a segurança pública. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

EFETIVIDADE da **Lei Maria da Penha**. [S. /], 29 ago. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/efetividade-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 1 maio 2021

GARCIA, Leila Posenato. **A magnitude invisível da violência contra a mulher**. Epidemiologia e Serviços de Saúde, 2016. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000300451. Acesso em: 2 maio. 2021.

GHERINI, Pamela Michelena March. **13 anos da Lei Maria da Penha: entenda quando ela pode ser usada**. [S. /], 26 nov. 2019. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/13-anos-da-lei-maria-da-penha-entenda-quando-ela-pode-ser-usada/>. Acesso em: 2 maio. 2021.

Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2012.

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Presidência da República Secretaria- Geral, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 2 maio. 2021.

MACHADO, Juliana Costa *et al.* Violência intrafamiliar e as estratégias de atuação da equipe de Saúde da Família. **Dossiê Violência: questão de interface entre a saúde e a sociedade**, [s. /], 2014. Disponível em:

<https://www.scielo.org/article/sausoc/2014.v23n3/828-840/>. 2 maio. 2021.

MENEGHEL, Stela Nazareth *et al.* Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. /], 2013. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000300015.

Acesso em: 30 abr. 2021.

MORENO, Renan de Marchi. **A Eficácia da Lei Maria da Penha**. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/A-eficacia-da-Lei-Maria-da-Penha>>. Acesso em: 02 maio 2021.

PRADO, Luciane Jost Lemos do. **Lei Maria da Penha: Uma breve abordagem histórico-social que a antecedeu em contrapartida à alegação de inconstitucionalidade por inobservância do princípio da isonomia**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima6/TCC-Luciane-Jost-JUL2011.pdf>> Acesso em: 7 de mar.2021.

RIBAS, Carolline Leal. **Da (in)eficácia da Lei Maria da Penha: avanços e desafios a serem superados**. [S. /], 1 set. 2017. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-in-eficacia-da-lei-maria-da-penha-avancos-e-desafios-a-serem-superados/>. Acesso em: 2 maio. 2021.

SAMARA.E.M. **Feminismo, Justiça Social e Cidadania na América Latina**. In: PISCITELLI, Adriana. Et. All. Olhares Feministas. Brasília: MEC, UNESCO, 2009.

SEJUSC, Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania. **Mulheres elaboram 10 sugestões para efetivação da Lei Maria da Penha no Amazonas**. [S. /], 13 ago. 2019. Disponível em: <http://www.sejusc.am.gov.br/mulheres->

SILVA, Edison Miguel. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha**. [S. /], 22 set. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6566/A-violencia-de-genero-na-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em: 2 maio. 2021.

TELES, MELO, Maria Amélia de Almeida, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. [S. /: s. n.], 2002. Disponível em:

[https://books.google.com.br/books?id=rGgvDwAAQBAJ&pg=PT2&dq=viol%C3%AAncia+contra+a+mulher&lr=&hl=pt-](https://books.google.com.br/books?id=rGgvDwAAQBAJ&pg=PT2&dq=viol%C3%AAncia+contra+a+mulher&lr=&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false)

[BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=rGgvDwAAQBAJ&pg=PT2&dq=viol%C3%AAncia+contra+a+mulher&lr=&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 2 maio. 2021.

FEMINICÍDIO

HENRIQUE BARBOSA DA SILVA JUNIOR:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade discorrer sobre o feminicídio, tendo em vista que a violência contra a mulher ganha contornos epidêmicos em todo mundo, se tornando um problema de saúde pública. O tema é de suma importância devido a expressão máxima de violência contra a mulher ser o óbito por motivo do seu gênero. Atualmente, com surgimento da pandemia do Covid 19, nota-se um aumento da violência contra a mulher, pelo fato da obrigatoriedade do isolamento social decretado no mundo todo, acarretando maior vulnerabilidade destas mulheres aos seus agressores. Há cinco anos, no dia nove de março de 2015, entrava em vigor a lei do feminicídio (Lei 13.104/15), o assassinato de mulheres por serem mulheres. A lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. No presente trabalho irá falar também quando é aplicada a lei para os infratores desse crime.

Palavras-chaves: Feminicídio. Gênero. Violência doméstica.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 FEMINICÍDIO; 2.1 Tipos de Feminicídio; 2.2 Casos de Feminicídio aumentaram 22% durante a Pandemia; 2.2.1 Efeitos Colaterais da Pandemia; 3 O FEMINICÍDIO NÃO É APENAS UM PROBLEMA CRIMINAL; 3.1 Lei do Feminicídio; 3.2 Quando a Lei de Feminicídio pode ser aplicada?; 4 LEI MARIA DA PENHA; 5 OBJETIVO E MAGNITUDE DA LEI DO FEMINICÍDIO; 5.1 Pena para os Crimes de Feminicídio; 5.2 Como Reduzir os Casos de Feminicídio; 6 COMO DENUNCIAR; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O feminicídio lei 13.104/15, que é o assassinato de uma mulher, cometido ao que o autor do crime sente quanto a identidade de gênero da vítima.

A subjugação máxima da mulher por meio de seu extermínio tem raízes históricas na desigualdade de gênero e sempre foi invisibilizada e, por, consequência, tolerada pela sociedade. A mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia tê-la como algo de sua propriedade.

A violência contra a mulher aumentou nessa pandemia do covid-19. Pois os fatores que explicam essa situação são a convivência mais próxima dos agressores, que, no novo contexto, podem mais facilmente impedi-las de se dirigir-se a uma delegacia da mulher ou em outros lugares que prestam socorro as vítimas.

A maior violação direta aos direitos humanos das mulheres é o crime de Femicídio, pois ceifa sua vida, sendo que a cada uma hora e meia uma mulher é morta no país por causas violentas, sendo o Brasil considerado o 7º país do mundo que mais mata mulheres, portanto, é dever do Estado proteger as mulheres vítimas.

A questão em si é abordar sobre o assunto, que é importante, sobre o assassinato e violência contra mulheres. Nesse período de pandemia os casos só veio a aumentar, como foi dito anteriormente.

É importante falar sobre o assunto pois a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras todos os dias, Destarte, apresentando o cenário das leis e normas, principalmente uma em especial criada para amparar e dar mais respaldo a mulher surgindo mais uma qualificadora agora no Código Penal no Capítulo que trata Dos Crimes contra a pessoa, particularmente no artigo 121, que trata de homicídio.

Espera-se que este artigo contribua com o debate sobre crime tão grave e relevante.

2 FEMINICÍDIO

É um termo de crime de ódio baseado no gênero, amplamente definido como assassinato de mulheres em contexto de violência doméstica ou em aversão ao gênero da vítima. Variam dependendo do contexto cultural. A palavra feminicídio – ou femicide como formulada originalmente em inglês – é atribuída a Diana Russell, que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas.

O feminicídio é a expressão fatal das diversas violências que podem atingir as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, e econômicas, políticas e sociais. A mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia ter como algo de sua propriedade. Esse crime é praticado por homens que vivem ou viveram com a vítima, sendo namorados, parceiros sexuais ou maridos. Além dos altos índices de feminicídio, existem ainda muitos casos de estupro e lesão corporal gerada por violência doméstica.

A princípio, podemos estabelecer os dois tipos de feminicídio especificados na lei 13.104/15, ou seja, quando há:

- Violência doméstica;
- Misoginia e discriminação de gênero, que podem incluir violência sexual e física, pois, nesses casos, as mulheres são vistas como objetos.

A lei foi publicada, em 9 de março de 2015, a lei altera o código penal (artigo 121 do decreto lei 2.848/40) incluindo o Femicídio como uma modalidade de Homicídio qualificado, colocando este rol dos crimes hediondos. O Brasil teve um aumento no número de mulheres assassinadas no primeiro semestre deste ano em comparação com o mesmo período do ano passado.

As mulheres negras são as maiores vítimas de feminicídio no Brasil, ao analisarmos o perfil das vítimas, é possível notar que essas formas de violência não atingem todas as mulheres da mesma maneira. A desigualdade racial se faz presente também nestes casos. As mulheres negras no Brasil são o segmento da população onde se concentra o maior número de feminicídios, além de ser também aquele que mais sofre com a violência doméstica e obstétrica, a mortalidade materna e a criminalização do aborto.

O Femicídio não é cometido apenas por homens, é cometido por mulheres também, que são casada com outra mulher. O primeiro caso de Femicídio de autoria feminina foi no distrito federal, onde a Wanessa Pereira de Souza ateou fogo na sua companheira Taiana Luz da Costa Faria. Wanessa foi a júri popular aonde foi condena por crime de homicídio triplamente qualificado por motivo fútil, emprego de fogo e feminicídio.

2.1 Tipos de Femicídio

Violência doméstica ou familiar: quando o crime resulta da violência doméstica ou é praticado junto a ela, ou seja, quando o homicida é um familiar da vítima ou já manteve algum tipo de laço afetivo com ela. Esse tipo de feminicídio é o mais comum no Brasil, ao contrário de outros países da América Latina, em que a violência contra a mulher é praticada, comumente, por desconhecidos, geralmente com a presença de violência sexual.

Menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher: quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia e pela objetificação da mulher.

2.2 Casos de Femicídio Aumentaram 22% Durante a Pandemia

Diante a esse problema que estamos vivenciando que é a pandemia do coronavirus em todo o mundo, homens e mulheres se viram confinados por muito mais tempo juntos. A maior medida preventiva contra o coronavírus se tornou, para alguns, o gatilho para desencadear um ciclo de violência doméstica, no Brasil, o número de feminicídios cresceu 22,2% em março e abril de 2020.

Na primeira atualização de um relatório produzido a pedido do Banco mundial, o fórum brasileiro de segurança pública (FBGP), destaca que os casos de feminicídio e violência contra a mulher cresceram 22,2% entre março e abril deste ano, em 12 estados do país, comparativamente ao ano passado. Intitulado Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. Nos meses de março e abril, o número de feminicídios aumentou de 117 para 143, como contas nos dados, o estado mais crítico é o acre, onde o aumento foi de 300%. Em toda a região esses casos passou de um para quatro ao longo do bimestre.

Evidenciando que, a situação são a convivência mais próxima dos agressores que no novo enquadramento facilita de impedi-las de se dirigir a uma delegacia ou em locais que presta socorro as vitimas.

Em verdade, a violência de gênero vem aumentando desde antes da pandemia. Tanto que já há maior número de registros que dependem da presença da mulher nas delegacias caíram. A casa acaba sendo infelizmente, um dos lugares mais inseguros para as mulheres e meninas.

Em junção às meninas, vítimas de violência sexual têm 12 anos e que a maioria dos agressores são os familiares.

Ao vermos esse momento da pandemia, que é interessante lembrar que a mulher está confinada com o agressor, o que representa uma série de dificuldades.

Com o período em que as mulheres estão sendo vulneráveis durante a crise sanitária, tem mais dificuldades para padronizar queixa contra os agressores.

Os boletins de ocorrência indicam casos em investigação, ou seja, quando a autoridade policial já registrou oficialmente como feminicídio. após o encerramento dos inquéritos, o número de mulheres mortas por serem mulheres pode ser ainda maior.

Além da vulnerabilidade financeira e de uma possível perda de renda por parte das mulheres nessa pandemia elas perdem parte da rede de apoio. Elas não estão saindo ou tendo contato com amigos e familiares, pessoas que poderiam enxergar os problemas e conflitos que estão enfrentando (BOND, 2020, online).

Para diminuir esses índices, uma medida importante seria o fortalecimento dessa rede de proteção. "Em muitas situações, elas não confiam nessas autoridades policiais" (BOND, 2020, online)

Nos primeiros seis meses de 2020, 1.890 mulheres foram mortas de forma violenta em plena pandemia do novo coronavírus, o número de feminicídios, quando as mulheres são mortas pelo simples fato de serem mulheres, também teve uma leve alta. Houve 631 crimes de ódio motivados pela condição de gênero, como mostra o mapa Violência contra a mulher:



Fonte: G1, 2020.

2.2.1 Efeitos Colaterais da Pandemia

Diante a pandemia, muitas mulheres acabaram se vendo confinadas com seus agressores ou perderam o contato com o suporte de apoio que, em muitas vezes, auxilia na denúncia da violência sofrida. A importância desses "efeitos colaterais" da pandemia sobre as mulheres se torna evidente diante dos dados trazidos pelo Mapa da Violência. Os números mostra um elevado números de homicídios de mulheres e feminicídios respectivamente, no primeiro semestre de 2020, quando equiparado com o mesmo período de 2019, no próprio acolhimento das vítimas. As mulheres mais pobres são as que mais sofrem, com a pandemia, elas ficam vulneráveis, pela sua perda de renda, falta de creches, escolas, e ficam ainda mais confinadas, dentro de suas casas, é aonde que os

agressores toma conta da situação, pois o contato está sendo sempre maior, do que antes. Na maioria dos casos os agressores são sempre os parceiros de relacionamento, o marido, namorado.

3 O FEMINICÍDIO NÃO É SOMENTE UM PROBLEMA CRIMINAL

Com o aumento da violência cometida contra a mulher, o Femicídio, tem causas de origens diversas. Uma delas envolve a questão institucional e a necessidade de um aprimoramento, uma melhoria de persecução criminal contra os agressores. Além da necessidade de uma melhor estatística em relação aos dados que envolvem as etapas anteriores ao Femicídio em si.

Em relação aos fatos culturais e educativos é preciso que o sistema educacional envolva as crianças, e fale sobre a necessidade de respeitar a mulher. Ela não pode ser vista como objeto, muito menos ficar submetida à violência dos maridos ou companheiros. Os índices de pesquisas mostram que têm uma alta taxa de Femicídio dentro das casas, portanto na família e na educação formal a mulher precisa ser vista e tratada como ser humano. Isso envolve, uma mudança de cultura e um destaque maior no envolvimento educativo.

É necessário estabelecer medidas sancionatórias não apenas no aspecto criminal, mas também mantê-las no aspecto civil. Os agressores dos feminicídios precisam responder com penas mais brandas mais pesadas. Embora o direito penal não seja adequado para resolver problemas de base ele é muito importante para intimidar para que não aumente ainda mais esses números trágicos.

3.1 Lei do Femicídio

No dia nove de março de 2015, entrava em vigor a lei do feminicídio (Lei 13.104/15), o assassinato de mulheres por serem mulheres. A lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. A Lei do Femicídio introduz uma nova categoria de homicídio no Código Penal. Já existem, na seção que trata de crimes contra a vida do Código Penal brasileiro, o homicídio simples e os homicídios qualificados, o que torna a pena maior. O homicídio simples pode acarretar penas de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto os homicídios qualificados podem levar o condenado a cumprir de 12 a 30 anos de reclusão.

A lei também altera a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), colocando o Femicídio como um crime hediondo, o que faz com que o ritual do julgamento seja dado, especialmente, por um Tribunal do Júri (mais conhecido como júri popular)

A lei foi criada pois o feminicídio carrega consigo muito mais que um título de qualificadora. Foi uma forma que o estado viu de coibir uma prática extremamente recorrente no país, foi uma forma de evidenciar a violência contra a mulher, uma maneira de tentar frear a banalização de um crime tão grave.

A importância da lei do feminicídio no direito penal brasileiro, é o preceito da lei de feminicídio é disponibilizar a garantia para todas as meninas e mulheres, sendo utilizada quando for efetuado crime contra a mulher pelos motivos da condição de ser do sexo feminino.

3.2 Quando A Lei De Feminicídio Pode Ser Aplicada?

A Lei do Feminicídio levantou discussões acerca da necessidade de sua implementação. Setores mais conservadores da sociedade afirmaram não haver justificativa para a tipificação especial do homicídio contra as mulheres. O desconhecimento do que trata a lei é o principal fator de rejeição. Para desfazer qualquer equívoco, é necessário entender quando a Lei 13.104/15 pode ser aplicada, sendo basicamente em dois casos:

Violência doméstica ou familiar quando o homicídio é resultado de violência doméstica ou ocorre acompanhado dela, sendo praticado pelo cônjuge, parceiro ou qualquer outro familiar da vítima, o caso pode ser tratado como Feminicídio. Muitas vezes, os casos de agressão, principalmente por parte de parceiros e ex- parceiros contra as mulheres, é persistente e pode, nos casos mais graves, terminar com a morte da mulher. A Lei Maria da Penha visa a coibir esse tipo de ação, mas existem muitos entraves, como a cultura misógina e patriarcal, que culpabiliza a vítima, e o medo das vítimas de denunciar.

Menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher aqui, o que está em questão é, basicamente, a discriminação de gênero, que faz com que as mulheres sejam tratadas, em nossa sociedade, como objetos e não como sujeitos. Essa noção, junto com a impunidade, resulta em diversos crimes de natureza violenta e sexual contra as mulheres. A ideia misógina de que o homem é portador da liberdade social e sexual da mulher ou a prática explícita da misoginia (ódio e discriminação contra a mulher e ao que remete ao feminino), quando acompanhados de homicídio, podem ser enquadrados no agravante Feminicídio.

4 LEI MARIA DA PENHA

Para podermos entrar mais a fundo no assunto, iremos falar sobre a lei Maria da Penha, que ajuda evitar os casos de Feminicídio, pois através dessa lei, sai as medidas

protetivas, fazendo com que têm relação direta com a diminuição de números de Femicídio.

A lei Maria da pena foi criada em 7 de agosto de 2006, a lei entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006 a lei é considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres. Com a lei sancionada ela trouxe proteção e benefícios para as mulheres vítimas de violência doméstica e sexual, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada.

A Lei tem bastante eficácia na luta contra a violência doméstica e contra a desigualdade de gêneros, com a lei criada e sancionada, o número de denúncias de mulheres que foram agredidas aumentou, fazendo com que fossem implantadas delegacias com atendimento especializados. Sendo assim, o governo brasileiro se viu obrigado a criar aprovar um novo dispositivo legal que trouxesse maior êxito na prevenção e punição da violência doméstica e familiar no país.

Lei Maria da Pena protege também mulher transgênero ou transexual e homem gay. As proteções da Lei Maria da Pena (Lei 11.340/2006) resguardam quem exerce o papel social de mulher, seja biológica, transgênero, transexual ou homem homossexual. Precisamos fortalecer a aplicação da lei Maria da pena, através de campanhas educativas e informativas sobre seu conteúdo e batalhar para que a rede de atendimento às mulheres vítimas de violência, formada por delegacias, varas e juizados especializados, seja consolidada e ampliada em todo o Brasil. A lei Maria da Pena considera violência doméstica, qualquer tipo de agressão física e saúde corporal da mulher. Ex.: tapas, empurrões, puxões de cabelo, socos, agressões com objetos cortantes e perfurantes e várias outras coisas que pode lesionar a integridade física da mulher. Houve uma alteração na lei Maria da pena fazendo com que o agressor procure centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Na lei Maria da Pena a fiança só é válida para pena menor de quatro anos. O valor estipulado é de um salário mínimo (R\$ 1.039) até cem salários mínimos. A mulher vítima de agressão ela pode pedir uma medida protetiva: Por se tratar de medida de urgência a vítima pode solicitar a medida por meio da autoridade policial, ou do Ministério Público, que encaminhará o pedido ao juiz. A lei prevê que a autoridade judicial deverá decidir o pedido (liminar) no prazo de 48 horas após o pedido da vítima ou do Ministério Público.

5 OBJETIVO E MAGNITUDE DA LEI DO FEMINICÍDIO

A Lei do Femicídio representa um enorme avanço do poder público na luta contra a violência contra a mulher. O Brasil ainda é um país muito violento com as

mulheres, ocupando a quinta posição do que mais mata mulheres no mundo, segundo o Mapa da Violência.

Esta lei é importante porque faz justiça e reconhece um tipo de crime contra as mulheres que está invisível. O feminicídio é um crime muito particular porque acontece, na maioria das vezes, em ambiente doméstico e é cometido por pessoas que tiveram um relacionamento com as vítimas e com requintes de crueldade que não se vê em outros crimes, a lei do feminicídio visa a coibir o homicídio de mulheres em determinadas circunstâncias muito comuns no Brasil.

Com a grande quantidade de crimes cometidos contra as mulheres e índices de feminicídio bem alto, podemos apresentar a implantação da lei 13.104/15. Além disso, é necessárias políticas públicas que viabilize a igualdade de gênero por meio da educação, da valorização da mulher e da fiscalização das leis vigentes.

Com a lei do feminicídio ela altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

5.1 Pena para os Crimes de Feminicídio

Por se tratar de um agravante, as penalidades para os crimes de Feminicídio são, obviamente, superiores às penalidades aplicadas nos casos de homicídio comum. Os homicídios simples podem gerar penas de 6 a 20 anos em regime de reclusão, ao passo que o feminicídio pode resultar de 12 a 30 anos de reclusão para os condenados.

Por se tratar de um crime hediondo, durante o julgamento, formado pelo juiz ou pela juíza responsável pelo caso, pela promotoria, pela defesa e pelo júri, a decisão final sobre a culpa ou não do réu sofre interferência dos jurados, salvo em caso de absolvição por provas. A quantidade de tempo que o condenado pegará em regime de reclusão dependerá do andamento do julgamento e da determinação judicial.

Aumento de pena: Na atualidade, o Código Penal tem o aumento de pena de um terço até a metade para o feminicídio em três eventualidades: se a vítima estiver gestante ou nos três meses posteriores ao parto, se a vítima for menor de 14 anos de idade, maior de 60 anos ou tiver alguma deficiência e se a vítima estiver na presença física de descendente ou de ascendente, como pais e avós.

5.2 Como Reduzir os Casos de Feminicídio

Para diminuir, de fato, o índice de mortes entre mulheres nos próximos anos, o Brasil precisa enfrentar o problema com o desenvolvimento de estratégias de conscientização do agressor, implementação de políticas públicas de prevenção,

combate e apoio às vítimas, instalação de delegacias especializadas e ainda a criação de mais juizados de violência doméstica e familiar nas comarcas, e através de denúncias feita pela vítima ou através mesmo de denúncia anônima, através de denúncias, a ofendida irá abrir um boletim de ocorrência contra o agressor, fazendo com que ela fique sobre uma medida protetiva contra ele, fazendo com que evite outras agressões que podem levar ela a morte, no caso o Femicídio.

5 COMO DENUNCIAR

Polícia militar: Disque 190: Quando não houver uma delegacia especializada para esse atendimento, a vítima pode procurar uma delegacia comum, para fazer o Boletim de ocorrência.

Disque 180 – Central de Atendimento à Mulher: Central telefônica Disque-Denúncia, A denúncia é anônima e gratuita, disponível 24 horas, em todo o Brasil.

Defensoria Pública: Temos a Defensoria Pública que é uma instituição que presta auxílio jurídico gratuito para as pessoas de baixa renda que não pode pagar por um advogado. Qualquer pessoa que comprove que não tem condições de pagar um advogado particular, tem direito de ser atendido, e também tem o ministério público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante deste artigo podemos notar que o Femicídio é um dos crimes mais falado no Brasil, pois o Brasil é o 5º país que mata mais mulheres no mundo todo. O princípio da lei de Femicídio é sem dúvida uma garantia para todas as mulheres e meninas, pois será utilizada quando for praticado crime contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. O princípio da lei de Femicídio é fundamental no campo político, social e jurídico. O índice desses casos aumentou pois estamos diante da pandemia, que é o Covid-19 aonde acaba aumentando o índice de mortes de mulheres, que infelizmente não consegue ir fazer uma denúncia, pois está presa pelo seu conjugue. A lei 13.104/15, que entrou em vigor, foi muito importante pois ela reconhece um tipo de crime que é feito contra as mulheres, como mostra o mapa do índice de violência, a pandemia fez com que ainda subisse o índice e a taxa de mortes em relação a mulher. Podemos notar também que no artigo fala sobre como reduzir esses casos através de denúncias anônimas, prevenção e o combate ao Femicídio. Outro ponto que podemos ressaltar é a questão da lei Maria da Penha, que foi feita para ajudar as mulheres que é vítima de agressão feita pelo seu companheiro. Essa lei foi feita em Base a Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que foi vítima de violência doméstica, feita pelo seu marido. Sendo assim, para ajudar a combater o Femicídio, vamos juntos todos nós, nos unir, para que diminua os casos de agressões físicas, e sexuais contra as mulheres, através de ajuda e denúncia, procure uma delegacia mais próxima de você e faça a denúncia.

REFERÊNCIAS

BOND, Letycia. **Pandemia**: casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados. Disponível em: <<https://tribunadepetropolis.com.br/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>>. Acesso em 11 nov. 2020.

BRANDALISE, Camila. **Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio**: qual a diferença para a mulher? Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/08/18/lei-maria-da-penha-x-lei-do-feminicidio-qual-a-diferenca.htm?>>. Acesso em 15 nov. 2020.

CASTRO, Lais. **Lei Maria da Penha com o reforço do Feminicídio**. Disponível em: <<https://laiscastrom.jusbrasil.com.br/artigos/511550583/lei-maria-da-penha-com-o-reforco-do-feminicidio>>. Acesso em 14 nov. 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **Feminicídio**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm>>. Acesso em 15 nov. 2020.

VELASCO, Clara. **Assassinatos de mulheres sobem no 1º semestre no Brasil, mas agressões e estupros caem**. Monitor da Violência. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semester-no-brasil-mas-agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao-durante-pandemia.ghtml>>. Acesso em 12 nov. 2020

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL EM FACE DAS INOVAÇÕES DO CPC/15: DESJUDICIALIZAÇÃO

YEDA RAQUEL MARTINS DA SILVA:
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O presente artigo científico tem por tema a importância do Direito Notarial e Registral em face das inovações do CPC/15: desjudicialização. O objetivo central deste estudo é verificar qual a importância do exercício notarial e registral para viabilizar e materializar os objetivos constitucionais, em face das inovações do CPC/15 e em prol da ampliação do processo de desjudicialização. Para isso, os objetivos específicos deste trabalho buscam compreender o fenômeno jurídico da desjudicialização, bem como verificar as inovações positivadas pelos diplomas legais em vigência, demonstrar aspectos relevantes da atividade notarial e de registro, como seus princípios e legalidade, além de expor a real importância dos serviços notariais e de registro em prol da desjudicialização. A justificativa para o tema está na importância da concessão de direitos de forma célere e na necessidade de se ampliar os atos notórias e registrais para que haja uma redução da morosidade judicial. O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o de revisão sistemática de literatura, além da coleta de dados através de fontes diretas, seguras e legais. Por fim, as considerações finais do presente estudo – que respondem o problema e os objetivos elencados – apontam que as atividades notariais e registrais são de extrema importância para materializar os interesses públicos e sociais, ampliando a desjudicialização através dos atos extrajudiciais, cujo possuem fé pública e efeitos jurídicos.

Palavras-chave: Direito notarial e registral. CPC/15. Desjudicialização.

ABSTRACT: The theme of this scientific article is the importance of Notarial and Registrar Law in view of the innovations of CPC/15: de-judicialization. The main objective of this study is to verify the importance of the notarial and registry exercise to enable and materialize the constitutional objectives, in view of the innovations of the CPC/15 and in favor of the expansion of the de-judicialization process. For this, the specific objectives of this work seek to understand the legal phenomenon of de-judicialization, as well as verify the innovations made possible by the legal diplomas in force, demonstrate relevant aspects of the notorious and registration activity, such as its principles and legality, in addition to exposing the real importance notary and registry services in favor of de-judicialization. The justification for the theme is the importance of granting rights quickly and the need to expand the notorious and registry acts so that there is a reduction in judicial delays. The method used for the development of the work was the systematic literature review, in addition to data collection through direct, safe and legal sources. Finally, the final considerations of this study - which respond to the problem and the listed objectives - point out that notary and registry activities are extremely important to materialize public

and social interests, expanding the de-judicialization through extrajudicial acts, which have public faith and legal effects.

Keywords: Notarial and registry law. CPC/15. De-judicialization.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o sistema jurídico brasileiro é sobrecarregado de demandas judiciais, existindo assim uma morosidade na resolução dos litígios na esfera judicial, que decorre da alta demanda e da inexistência de mão de obra jurisdicional suficiente para atender tal demanda. Este cenário fere diretamente os princípios processuais da duração razoável do processo e do acesso à justiça.

O advento da Constituição Federal de 1988, através do seu art. 236, permeabilizou novas formas de resolução de atos por meio do exercício extrajudicial dos notários e registradores. Posteriormente, a Lei nº 8.935/94, popularmente conhecida como Lei dos Cartórios, positivou o exercício notarial e registral, materializando os interesses constitucionais pela desjudicialização de algumas matérias. O exercício extrajudicial ganhou ainda mais força com a nova formulação do Código de Processo Civil de 2002, que alocou em seu corpo normativo a importância da extrajudicialidade para materializar a celeridade jurídica.

Deste modo, se pode perceber que o serviço notarial e de registro possui força legal e é uma ferramenta implementada para viabilizar a celeridade das demandas sociais, contribuindo para a celeridade e desafogando o judiciário brasileiro. Assim sendo, é de suma importância analisar, no contexto fático, a relevância da extrajudicialidade dos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Mais especificamente o tema do trabalho é: A importância do Direito Notarial e Registral em face das inovações do CPC/15: desjudicialização. Assim, a justificativa social para o estudo do tema está na importância da concessão de direitos de forma célere e na necessidade de se ampliar os atos notórias e registrais para que haja uma redução da morosidade judicial. No que concerne a justificativa acadêmica, esta se permeia pela necessidade de despertar nos discentes o conhecimento prático sobre temas de extrema relevância jurídica e social, preparando-os para o exercício da profissão.

O método utilizado no desenvolvimento do trabalho foi o de revisão sistemática de literatura, além da coleta de dados estatísticos disponibilizados por fontes diretas, seguras e legais. Assim, o conteúdo será analisado e interpretado para identificar as possíveis causas dos fatos que atingem a problemática aqui abordada, através da análise referenciada de obras produzidas por outros autores, filtradas dentro de um marco

temporal de 10 anos. Ou seja, obras produzidas entre os anos de 2010 à 2020. Tais obras foram selecionadas no idioma português ou espanhol, em plataformas de buscas, como o Scielo e o Google Acadêmico.

Tendo em vista a latente necessidade de ampliar o processo de desjudicialização, o problema central a ser respondido neste estudo é: Qual a relevância do Direito Notarial e de Registro para a desjudicialização, em face das inovações contidas no CPC/15.

O objetivo central deste estudo é verificar qual a importância do exercício notarial e registral para viabilizar e materializar os objetivos constitucionais, em face das inovações do CPC/15 e em prol da ampliação do processo de desjudicialização. Para isso, os objetivos específicos deste trabalho buscam compreender o fenômeno jurídico da desjudicialização, bem como verificar as inovações positivadas pelos diplomas legais em vigência, demonstrar aspectos relevantes da atividade notarial e de registro, como seus princípios e legalidade, além de expor a real importância dos serviços notariais e de registro em prol da desjudicialização.

Assim sendo, o segundo capítulo deste estudo busca compreender o cenário da desjudicialização e da atuação das atividades notariais e de registro. Deste modo, no tópico 2, se expõe uma breve análise do fenômeno jurídico da desjudicialização, expondo as causas que corroboraram para tal fenômeno. No tópico 2.1, é explanado sobre as inovações e interesses do novo CPC/15, bem como o princípio e objetivo da celeridade jurídica.

Já no tópico 2.2, se explana sobre o exercício do direito e da atividade notarial e de registro, demonstrando características pertinentes, bem como princípios e limites de tal atuação. No tópico 2.2.1, se aborda sobre a fé pública, demonstrando a veracidade legal dos atos praticados pelos notários e oficiais de registro. Assim sendo, no tópico 2.2.2, o estudo analisa a segurança jurídica, a eficácia e a autenticidade dos atos estabelecidos pelos notários e oficiais de registro, demonstrando a legalidade dos mesmos.

Ademais, no tópico 2.3, se aborda sobre a relevância e importância do Direito Notarial e de Registro para a ampliação dos atos extrajudiciais, contribuindo para a desjudicialização e desafogamento do sistema jurídico nacional. Por fim, são apresentadas as considerações finais, respondendo à pergunta central do texto e apresentando os apontamentos relevantes sobre todos os objetivos elencados para este estudo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O FENÔMENO JURÍDICO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

De acordo com Mancuso (2011) é justamente a judicialização dos atos que acaba por gerar uma excessiva demanda ao judiciário, ocasionando assim o abalroamento das

vias judiciais e, conseqüentemente, a morosidade na resolução dos conflitos. Tal cenário repercute por anos no contexto jurídico do Brasil e, por muitos anos, a via judicial foi a única alternativa dos cidadãos para pleitear seus direitos (PORTOLAN, 2020).

Para Haddad (2020) existe uma série de fatores que podem explicar a superlotação das demandas do judiciário, como por exemplo, o crescimento populacional que, conseqüentemente, acaba por ampliar o número de cidadãos dispostos a litigar. Dessarte, se pode destacar também como um propulsor do aumento das demandas judiciais os novos direitos que foram abarcados pela Constituição Federal de 1988. Ademais, o aumento do corpo de advogados amplia a disseminação das informações de direito e, por sua vez, o aumento das possibilidades de litígio (HADADD, 2020).

No contexto supracitado e de acordo com Portolan (2020), o Poder Judiciário não conseguiu acompanhar a velocidade das demandas, inexistindo também a ampliação do corpo jurídico. Assim, restou prejudicada a efetividade quanto ao tempo da resolução dos conflitos por via judicial, prejudicando também o próprio direito do acesso à justiça, com previsão constitucional do art. 5º, inciso XXXV.

Deste modo, ante este cenário de morosidade e superlotação do judiciário brasileiro, deu-se início a um debate fundamentado na preocupação de desafogar o sistema judiciário, criando alternativas para a resolução dos litígios, onde surgiu a idéia de uma “Justiça Multiportas” (PORTOLAN, 2020).

Portolan (2020) ainda afirma que a justiça multiportas desvinculou a exclusividade do judiciário para receber as demandas litigiosas, abrindo novas alternativas legais para que tais demandas pudessem ser resolvidas, doando a cada tipo de litígio uma forma adequada de resolução extrajudicial, de acordo com as disposições legais em vigência.

O acesso à Justiça não pode mais ser contextualizado nos acanhados limites dos órgãos judiciais existentes, limitado na visão formal de mero acesso aos tribunais. Considerando a constituição Federal como um sistema aberto de princípios e regras, deve aquele direito ser visualizado como meio de realização dos direitos fundamentais e de consolidação de um Estado democrático de direito, devendo a ele ser dada a interpretação mais ampla possível, sob a égide pós-positivista. (MINELLI; GOMES, 2019, p. 165).

Assim, para ampliar o acesso à justiça, bem como desafogar o judiciário e retrain a morosidade existente, surgiu o fenômeno jurídico da desjudicialização. Segundo Cassettari (2015), o fenômeno da desjudicialização pode ser compreendido como o processo onde a lei, seguindo a tendência mundial de desafogar o judiciário de atos que podem ser

resolvidos por outras vias, cria alternativas legais de resolução, acelerando e simplificando atos de jurisdição voluntária.

Por conseguinte, Mattos (2018) alude que se pode compreender a desjudicialização sob a égide da resolução de conflitos de forma extrajudicial, mas que, para além disso, tem por objetivo a celeridade na resolução destas demandas. Haja vista que, com a resolução de alguns conflitos na esfera extrajudicial, o judiciário brasileiro passa a receber uma demanda menor, cujo são indispensáveis da apreciação judicial, conseguindo assim efetivar os princípios básicos que recaem sobre o processo (MATTOS, 2018).

Para Mattos (2018), o ordenamento jurídico brasileiro já inseriu uma série de procedimentos que podem ser praticados na esfera extrajudicial, procedimentos estes que foram desjudicializados, como a conciliação, a arbitragem, a mediação, dentre outros. Todavia, uma série de matérias jurídicas continuam com a exclusividade de serem resolvidas apenas na esfera judicial, fator este que decorre de um arraigado costume que atinge o judiciário, continuando a sobrecarregá-lo (MATTOS, 2018).

Brandeli (2016) afirma que muitos outros conflitos poderiam ser resolvidos de forma extrajudicial, o que corroboraria para diminuir, ainda mais, a demanda judicial. Haja vista que existe uma série de profissionais do Direito, selecionados em certames públicos de extrema dificuldade e que são dotados de capacidade jurídica para ampliar a desjudicialização de mais matérias, dentre eles se pode citar os Notários e os Registradores.

No contexto da desjudicialização, foi o novo diploma legal do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que acompanhou as novas demandas jurídicas e positivou em seu corpo normativo inovações e afirmações que doaram um maior peso para as demandas extrajudiciais, fortalecendo assim o processo de desjudicialização (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Portanto, é de suma importância verificar, de forma breve, como o novo Código de Processo Civil de 2015 alude sobre tais processos. Assunto este que será discutido e exposto no próximo tópico deste trabalho.

2.1.1 A Celeridade e as inovações no CPC/15

O novo CPC/15, promulgado por meio da Lei nº 13.105 de 2015, passou a vigorar contemplando todos os direitos e diretrizes positivados pela Constituição Federal de 1988, atendendo assim aos interesses sociais, acompanhando a evolução científica, tecnológica, política e social (BACELLAR, 2016).

Em seu art. 1º, o CPC/15 deixa claro que o processo civil deverá conduzido em prol da preservação dos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e em concomitância com as próprias regras do CPC/15. Neste contexto, o novo diploma expõe o seu interesse em materializar as diretrizes constitucionais.

Já no art. 3º, o CPC/15 demonstra a importância da desjudicialização de litígios, positivando, de forma expressa, a permissibilidade para a extrajudicialização de matérias, valorando em seus parágrafos – do 1º ao 3º a resolução consensual e extrajudicial de conflitos, por meio da arbitragem e da conciliação.

Doravante, no art. 165 do referido diploma legal, a importância da autocomposição sem que haja a necessidade de se movimentar o judiciário com um processo judicial, onde o legislador afirma que os próprios tribunais devem criar centros de autocomposição, por meio da mediação e conciliação. Esta mudança instiga o processo de autocomposição, sugerindo assim a coexistência de meios extrajudiciais para a resolução de conflitos, através da atuação de órgãos institucionais, compostos por profissionais independentes (DADALTO, 2018).

Para Júnior e Themudo (2018) os meios de solução de conflitos beneficiados pelo novo CPC/15 são ferramentas jurídicas que auxiliam na efetivação da pacificação social, na prevenção de litígios judiciais e na solução das demandas, reduzindo assim o excesso da judicialização dos conflitos, bem como a quantidade dos recursos e da execução de sentenças. No mesmo sentido, os referidos autores afirmam que o art. 694, o novo CPC/15, “recomenda, nas controvérsias de família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial” (JUNIOR; THEMUDO, 2018, pp. 113-114).

Com as novas regras implementadas pelo CPC/15, se observa que a celeridade processual é um objetivo direito do novo código. De acordo com Mattos (2018), a desjudicialização materializa e garante a efetividade do acesso a justiça e aos interesses constitucionais, desobstruindo o Poder Judiciário e garantindo aos interessados um retorno mais eficaz e célere.

[...] visa o sistema multiportas de acesso à justiça – disponibilização de diferentes métodos de resolução de conflitos – poder ampliar o número de portas de que dispomos e, sobretudo, adequar o encaminhamento de nossas questões à que for mais apropriada. (ALMEIDA, 2016, p. 2).

Desta maneira, o novo CPC/15 coaduna com os interesses das resoluções de conflitos extrajudiciais, contribuindo amplamente para o processo de desjudicialização e permeando novas alternativas para resolução de conflitos, contando com a colaboração direta de do exercício de direito e da prática profissional de atividades pertinentes. Assim sendo, o próximo tópico deste estudo buscará compreender o exercício do Direito e das atividades notoriais e registrais, que atuam no cenário fático das resoluções extrajudiciais de conflitos.

2.2 O EXERCÍCIO DO DIREITO E DA ATIVIDADE NOTORIAL E REGISTRAL

De acordo com a previsão constitucional do art. 236, caput, da Constituição Federal de 1988, os serviços de ordem notarial e de registro deverão ser exercidos em caráter privado e será delegado pelo Poder Público. Em seu parágrafo primeiro, o referido artigo menciona que as responsabilidades civis e criminais dos notários, dos oficiais de registro e dos prepostos, deverão ser disciplinadas por legislação especial, definindo a fiscalização dos atos pelo Poder Judiciário.

Já o parágrafo segundo do art. 236, da Constituição de 1988, afirma que Lei federal deverá estabelecer normas gerais que fixem regras aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Por sua vez, o parágrafo terceiro do mesmo artigo, leciona que só poderá ingressar na atividade notarial e de registrado através da aprovação em concurso público de prova e títulos, não podendo haver lacuna na serventia por mais de seis meses, decorrente da não abertura de concursos de provimento ou remoção.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 e objetivando a materialização dos interesses constitucionais, a Lei nº 8.935 de 1994 foi promulgada para dispor sobre os serviços notariais e de registro. Sendo fortalecido pelo art. 175 do novo CPC/15 o qual abre a possibilidade de outras formas de resolução de interesses por via extrajudicial, mediante a participação de profissionais independentes e especializados, regulamentados por lei e autorizados pelo Estado (DADALTO, 2019).

De acordo com Dadalto (2019, p. 47), “os notários e registradores são agentes delegados do Estado, ou seja, é o próprio Estado ali presente, tanto que se atesta veracidade aos documentos lhe apresentados por meio de sua fé pública”. Contudo, há de se observar que os atos praticados pelos notários e registradores são passíveis de controle e de intervenção jurídica quando o Estado julgar necessário (SOUZA, 2017).

Segundo Lamanauskas (2016) objetivando a legalidade dos atos praticados pelos notários e registradores, existem alguns princípios éticos e legais que recaem sobre eles, impondo-lhes limites e a obrigatoriedade do desinteresse, da imparcialidade, da discrição, da prudência, da diligência e do sigilo no exercício da profissão, estando totalmente comprometido com o interesse coletivo. Ou seja, ainda que haja uma independência pessoal e funcional para o exercício da atividade notória e registral, o Estado impõe limites que devem ser obedecidos pelos profissionais que integram tais atividades (LAMANAUSKAS, 2016).

Portanto, observando o que leciona Lamanauskas (2016), se pode perceber que alguns princípios conferem para a serventia extrajudicial a legalidade dos exercícios de seus atos. Deste modo, o próximo tópico se dedicará a analisar brevemente o princípio da fé pública, o qual doa veracidade pública aos atos dos serviços notariais e de registro.

2.2.1 Da fé pública

O art. 3º da Lei nº 8.935 de 1994 já dispõe que os notários e registradores são dotados de “fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. Para Lமானuskas (2016) os notários e registradores possuem a legalidade do seu testemunho de verdade e quem lhes confere esta fé pública é o próprio Poder Público, que concedeu a eles determinada autoridade para atestar a autenticidade e veracidade dos atos, dando-lhes o poder de dar fé de forma pública. Portanto, a fé neste contexto está diretamente ligada ao ato de dizer a verdade, de atestar a veracidade, onde a própria fé pública decorre do interesse social pós-positivista e da lei (LAMANAUSKAS, 2016).

O art. 215 do Código Civil de 2002, em seu caput, afirma que “a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”. Tal afirmação legal demonstra, de modo expresso, que a fé pública é dotada de poder, abonando a verdade e a certeza dos documentos e assentamentos produzidos pelos oficiais de registro e notários (SCHMOLLER; FRANZOI, 2018).

Dadalto (2019) declara que através da função notarial e de registro há a manifestação expressa da atividade estatal, pois, ainda que não estejam cercados por todos os atributos jurisdicionais, seus atos produzem os mesmos efeitos jurídicos, pois, é conferida aos mesmos a fé pública, bem como outros institutos que doam segurança jurídica para as atividades notoriais e de registro.

Deste modo, é imprescindível explanar brevemente sobre a segurança jurídica, a eficácia e a autenticidade dos atos praticados pelos notários e registradores, de modo a perceber a importância e valor de tais atos. O próximo tópico deste estudo se debruçará sobre tal observância.

2.2.2 Da segurança jurídica, eficácia e autenticidade

Tanto a Lei nº 8.935/94, quanto a Lei nº 6.015/73, em seus referidos artigos 1º, demonstram claramente que os atos praticados pelos notários e registradores obedecem, estritamente, a preceitos e limites legais, definidos por leis, conferindo a tais atos uma segurança jurídica.

De acordo com Schmoller, Franzoi (2018), a Lei nº 8.935/94 assegura claramente a eficácia e a segurança jurídica dos atos praticados pela atividade notória e de registro. Para além disso, oportuno destacar o valor constitucional que é conferido a tais atos, pelo art. 236 da Constituição Federal de 1988. Outrossim, é notória a conferência da eficácia e da segurança jurídica aplicada aos atos notoriais e de registro, permitindo que os profissionais realizem atos de extrema relevância para o ordenamento jurídico e social, como

casamentos, registro de nascimento e óbito, emancipação, dentre outros (SCHMOLLER; FRANZOI, 2018).

Para além disso, os atos notoriais e de registro possuem autenticidade, haja vista que os profissionais que os praticam são dotados de fé pública, de acordo com a previsão legal do art. 3º da Lei nº 8.935/94. Existe então, no exercício das atividades e do direito notarial e de registro, a presença da autenticidade, segurança e eficácia jurídica, conferindo relevância a tais atos e legalizando-os tanto no sei social, quanto jurídico (SOUZA, 2017).

Ante todo o exposto, é indispensável explanar, de forma clara, sobre a importância do Direito notarial e registral para viabilizar os atos extrajudiciais e ampliar materialmente as possibilidades de resolução de pleitos, desafogando assim o sistema judiciário brasileiro. Tal assunto será discutido e apresentado, sob tal égide, no tópico a seguir.

2.3 DA IMPORTÂNCIA DO DIREITO NOTORIAL E REGISTRAL PARA OS ATOS EXTRAJUDICIAIS E PARA A JUSTIÇA

Dada vista os aspectos legais que resguardam e validam os atos praticados de forma extrajudicial pelos notários e oficiais de registro, se pode perceber que tal seara possui total legalidade para atuar como um auxílio necessário para o sistema jurisdicional. Para Dadalto (2018) a função notarial e de registro desempenha uma atividade estatal de forma extrajudicial e, mesmo que não esteja cercada de todos os atributos conferidos a jurisdição, os seus atos irão produzir todos os efeitos jurídicos, se opondo a terceiros, garantindo assim o acesso à justiça.

Os serviços notoriais e de registro possibilitam a resolução eficiente de algumas matérias jurídicas-sociais, como a efetivação do divórcio através de escritura extrajudicial, o usucapião administrativo, além de outros institutos, evitando que as partes se entrelacem num processo judicial mais burocrático e que demora mais tempo para que o seu pleito seja resolvido (SOBRINHO; FILHO, 2017). Para além disso, tais serviços extrajudiciais desafogam a justiça, pois evitam que mais demandas litigiosas cheguem ao judiciário brasileiro, que deixa a desejar, seja pela pouca eficácia social ou pela morosidade (SOBRINHO; FILHO, 2017).

Assim sendo, o notariado é de extrema importância na prática dos atos extrajudiciais, bem como para a justiça. De acordo com Sobrinho e Filho (2017, p. 811), além da importância contributiva, o notariado é importante “especialmente por ser aquele mais próximo da comunidade, aprimorando sua atuação na solução de conflitos por meio da autonomia privada e da promoção de uma cultura de paz.”

Outrossim, é de suma importância que se perceba a funcionalidade fática das serventias do foro extrajudicial, pois este contribui para o desatar do nó judiciário de forma

altamente efetiva. Todavia, a fé pública notarial e registral ainda é pouco explorada pela sociedade e pelos campos político, jurídico e sociológico (DADALTO, 2018). Se faz necessário ampliar o conhecimento sobre a importância da contribuição dos serviços extrajudiciais, principalmente aqueles praticados pelas serventias notariais e de registro, ampliando as demandas que podem e devem ser resolvidas de modo extrajudicial, mediante a permissibilidade da desjudicialização de determinadas matérias (DADALTO, 2018).

3 CONCLUSÃO

O presente estudo responde claramente aos objetivos elencados para a pesquisa, bem como a questão problema identificada, por meio da revisão sistemática de literatura e da análise de dados legais. Assim, foi possível identificar o cenário fático da atuação dos notários e oficiais de registro, permeando todos os pontos inerentes a este contexto.

Se verificou que, há anos, o sistema jurídico sofre com uma crise processual, no que concerne a morosidade excessiva do tempo de duração dos processos, que se dá em decorrência de algumas problemáticas, como o aumento populacional e, conseqüentemente, o aumento dos litígios, além da insuficiência de mão de obra jurídica.

Neste cenário, criaram-se alternativas extrajudiciais para a resolução de conflitos e materialização dos direitos. A Constituição Federal de 1988 instaurou a permissibilidade da atuação de notários e oficiais de registro em causas extrajudiciais. Posteriormente, a Lei nº 8.935/94 – Lei dos Cartórios – Definiu legalmente a atividade notarial e de registro que, posteriormente, ganhou um arcabouço do novo CPC/15.

Assim, a atividade notarial e de registro possui um respaldo legal conferido pelo próprio Estado, para que possa atuar dentro da legalidade, da autenticidade, da eficácia e da segurança jurídica, praticando atos que passam a ter validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. A desjudicialização é uma eficiente ferramenta de efetivação da celeridade jurídica. Pois, através dos atos praticados de forma extrajudicial, retira-se dos tramites processuais aquelas situações que podem ser resolvidas fora do alcance judicial, mas com toda a legalidade conferida aos notários e oficiais de registro, cujo são dotados de fé pública.

Este estudo não se esgota, haja vista que se debruçou sobre uma análise estritamente literária e legal, aplicada numa determinada problemática da matéria de Direito Notarial e Registra. Por isso, se indica que novos estudos sejam realizados dentro desta seara, de forma que se possa ampliar os conhecimentos sobre esta área e melhor conhecer a atuação legal dos profissionais de serviços notariais e de registro, bem como tais serviços contribuem para a justiça e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, R. P. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDELLI, Leonardo. **A função notarial na atualidade**. In: Revista de direito imobiliário, v. 80, 2016.

CASSETTARI, C. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **As Causas Da Morosidade Processual**. Revista Dos Tribunais Online, Vol. 229/2014.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando. A pedra angular da atividade notarial e registral, in DEL GUÉRCIO NETO, Arthur; DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli. **O direito notarial e registral em artigos**. 1.ed, São Paulo: YK Editora, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo, Revista dos Tribunais Online, p. 53-54. 2011.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2017.

SOUZA, Eduardo P. R. **Noções de direito registral e notarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Versa sobre as leis constitucionais do país. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Versa sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Versa sobre a regulamentação do o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Versa sobre o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação e Conciliação**: duas práticas distintas, dois paradigmas diversos. Disponível em:
<<http://www.dialogosproductivos.net/img/descargas/64/mimediaao-e-conciliaao.pdf>>.
Acesso em: 02 fev. 2021.

DADALTO, Rafael G. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça**: análise acerca da (im) possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa. Dissertação de Pós-graduação, Direito, UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO, 2019, p. 134. Disponível em:
<http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11329/1/tese_13467_dissertacao_5.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

JÚNIOR, Francisco D. O.; THEMUDO, Tiago S. **Mediação e conciliação no novo CPC: uma análise à luz das contribuições das sociedades primitivas**. DIREITO, SOCIEDADE E SOLUÇÃO DE CONFLITOS. Editora: MULTIFOCO, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:
<https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2018/05/direito_sociedade_e_solucacao_de_conflitos.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MATTOS, Gabrielle F. **Desjudicialização no direito sucessório com ênfase no inventário extrajudicial**. Monografia, Direito, CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST, 2018, p. 52. Disponível em:
<<https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/b3ffc-mattos,-gabrielle.-desjudicializacao-no-direito-sucessorio-com-enfase-no-inventario-extrajudicial.-unifacvest,-2018.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MINELLI, Daiane S.; GOMES, Sergio A. A Desjudicialização e os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos sob a Égide do PósPositivismo. **REVISTA DO DIREITO PÚBLICO**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 151-167, ago. 2019. Disponível em:
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/36711/25970>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

PORTOLAN, Felipe L. **A desjudicialização e os procedimentos extrajudiciais como forma de superar a morosidade do judiciário**. Monografia, Ciências Jurídicas e Sociais, UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020, p.58. Disponível em:
<<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/6895/FELIPE%20LUIS%20PORTOLAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

SCHMOLLER, Francielli; FRANZOI, Fabrisia. **A importância da atividade notarial e registral**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2018/07/04/artigo-a->

importancia-da-atividade-notarial-e-registral-por-francielli-schmoller-e-fabrisia-franzoi/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

SOBRINHO, Afonso S. O.; FILHO, CLARINDO, F. A. O serviço notarial e de registro: da judicialização à composição de conflitos como um contraponto à burocracia estatal.

Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 3 / 2017 p.790-815.

Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/25664/pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER E SUA PERMANÊNCIA COMO MEMBRO VULNERÁVEL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ALEXA RAMOS PIRES:
Bacharelanda em Direito pelo
Centro Universitário UNA.

URIANE DIAS DA SILVA
(coautora)
ISABELA THEBALDI
(orientadora)

RESUMO: O presente estudo busca analisar e compreender os mecanismos de prevenção e combate a violência praticada contra a mulher. Ao longo da história, a mulher sempre foi inferiorizada, subjugada e tratada como propriedade do homem, em decorrência a essas concepções arcaicas, a construção da mulher na sociedade sempre foi limitada pelo homem. Desde a formação do Brasil no século XV que a violência de todas as formas contra mulher está assentada baseada no modelo patriarcal. Em 1916, a mulher foi julgada incapaz de gerir sua vida civil por um Código Civil genuinamente machista, que colocava a mulher submissa ao pai e marido. Com passar do tempo foram se permitindo e “naturalizando” condutas violentas praticadas em desfavor da mulher. Nessa ótica frente a crescente violência e em decorrência da pressão por organismos internacionais, adveio a Lei Maria da Penha. A presente pesquisa buscou tecer algumas considerações sobre a Lei nº 11.340 de 2006, em especial questionando a sua efetividade no combate à violência doméstica e familiar, considerando que o índice de feminicídio e de violência doméstica e familiar contra a mulher tem aumentado nos últimos anos, e propondo alternativas que possam contribuir para a resolução da situação de violência e para evitar a prática ou a reincidência da violência doméstica ou da ocorrência do feminicídio.

PALAVRAS CHAVES: Violência doméstica. Papel da mulher. Lei Maria da Penha. Grupo vulnerável. Combate.

ABSTRACT: This study seeks to analyze and understand the mechanisms for preventing and combating violence against women. Throughout history, women have always been inferior, subjugated and treated as a property of men, as a result of these archaic conceptions, the construction of women in society has always been limited by men. Since the formation of Brazil in the 15th century, violence of all forms against women has been based on the patriarchal model. In 1916, the woman was judged incapable of managing her civil life by a genuinely sexist Civil Code, which placed the woman in submission to her

father and husband. As time went by, violent behaviors practiced to the detriment of women were allowed and “naturalized”. From this perspective, in the face of growing violence and as a result of pressure from international organizations, came the Maria da Penha Law. This research sought to make some considerations about Law No. 11,340 of 2006, in particular questioning its effectiveness in combating domestic and family violence, considering that the rate of femicide and domestic and family violence against women has increased in recent years, and proposing alternatives that can contribute to resolving the situation of violence and preventing the practice or recurrence of domestic violence or the occurrence of femicide.

KEYWORDS: Domestic violence. Woman. Maria da Penha Law. Law 11340/2006. Combat.

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá por objetivo demonstrar as mudanças e continuidades do papel da mulher na sociedade, no qual a violência contra elas sempre esteve presente na história da humanidade, as agressões que milhares de mulheres vivenciaram diariamente, por muitos séculos, sequer era considerado crime, fruto de paradigmas sociais que aceitavam este comportamento agressor.

Este contexto social mudou nos últimos séculos, em que a mulher passou a laborar fora do lar e assumir – ao menos formalmente – sua condição igualitária na sociedade.

Todavia, a prática da violência doméstica como uma imposição do gênero masculino sobre o feminino ainda persiste, o que culminou, no caso do Brasil, na criação da Lei nº 11.340 de 2006, que objetivou proteger juridicamente as mulheres contra a violência doméstica e familiar. Em que pese estar há quase 15 (quinze) anos em vigor, ainda existem muitos questionamentos sobre a efetividade da Lei Maria da Penha, considerando que, nos últimos anos, os índices de violência contra a mulher e feminicídio têm aumentado (RELATÓRIOS DINÂMICOS, 2019).

Baseado nessa ótica, a violência doméstica pode ser uma modalidade inerente às relações de afeto e que se baseia no subsídio do poder, agredindo física, mental, moral, patrimonial ou sexualmente a vítima.

No estudo que se propõe, será utilizada a pesquisa descritiva, pois examinará as características gerais do fenômeno sob estudo, a saber, a efetividade da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica, a as relacionará às discussões teóricas sobre a questão encontradas na literatura jurídica apurada por meio de coleta de dados bibliográficos e examinados por meio de análise de conteúdo.

Para isso, a pesquisa é de cunho bibliográfico e artigos científicos buscando através das discussões teóricas refletirem sobre a referida temática.

2- RELAÇÃO DE GÊNERO NO BRASIL

A formação familiar, no âmbito social, se consolidou através dos séculos por uma perspectiva predominantemente patriarcal, centrada na figura do homem com o poderio do poder familiar. Aos homens é associado à força física, razão e equilíbrio que são considerados positivos na personalidade masculina. A mulher é sempre apresentada como frágil emotiva e dócil, sendo essas características desvalorizadas socialmente em relação às características apresentados pelos homens. Conveniente dizer que ao longo dos anos isso está mudando, mas, ainda sim, as mulheres sofrem com essa diferenciação de gênero.

Historicamente, conforme Azevedo (1976),

A mulher ficou subordinada ao poder do homem, tendo a função de criar da prole, manutenção do lar e a educação dos filhos. No Brasil colônia cabia à Igreja a educação dos filhos, contudo, as aulas ministradas pela Igreja, na época, não incluíam as mulheres, pregava ainda que a mulher devesse obediência ao pai, aos irmãos mais velhos, ao marido e à religião. (AZEVEDO, 1976).

Com isso a mulher estava sempre presa dentro de casa sem contato com o mundo, pois os únicos motivos para viver eram o lar e a igreja.

De acordo com o Código Civil de 1916 sustentou os princípios conservadores mantendo o homem como o "todo poderoso" limitando a capacidade da mulher a determinados atos como, por exemplo, a emancipação que será concedida pelo pai, ou, pela mãe apenas no caso do pai estar morto.

Esse preconceito e submissão se reafirmam na leitura do art. 242 do Código Civil de 1916, vejamos:

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher

(art. 235);

II Alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

(...)

IV Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. (BRASIL, 1916).

Como exemplos da construção da posição desigual de homens e mulheres na sociedade, a legislação do Brasil Colônia dava aos maridos o direito de assassinar as mulheres. E o Código Civil que vigorou de 1916 a 2002 considerava mulheres casadas como “relativamente incapazes”.

Assim como ocorreu com a escravidão, que legalizava o tratamento a seres humanos negros como “coisas”. O que na atualidade é reconhecidamente absurdo, já foi aceitável legalmente, conforme entendimento de Maria Berenice Dias:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. (DIAS, 2014, p. 6)

Contudo a partir da década de 40 o feminismo começa a dar os primeiros passos, tendo como marco jurídico o Estatuto da Mulher Casada de 27 de agosto de 1962 com a Lei nº 4.121, que alterou o Código Civil de 1916, concedeu o exercício do pátrio poder a ambos os pais, prevalecendo à vontade do homem no caso de discordância do casal, contudo a mãe tinha o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Art.380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo- o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL, 1916).

Com o advento do regime Republicano Brasileiro veio o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, em seu art. 56, que dispõe sobre os efeitos do casamento, manteve o domínio patriarcal, no entanto, de forma mais suave quando dispôs sobre o casamento civil e retirou do marido o direito de impor castigo corpóreo a mulher e os filhos, mas ainda cabia ao marido à autorização da profissão da mulher, conforme §3º art. 56 (Brasil, 1890).

Pela primeira vez, em 1934, no seu art. 113 CR/34, o constituinte se preocupa com a situação da mulher de forma a proibir distinções e privilégios em razão do sexo. (Brasil, 1934).

A Constituição, outorgada, em 1937, na qual em visível retrocesso, extingue a referência expressa à igualdade entre os sexos, retornando a ideia das Constituições promulgadas no século anterior.

Na Constituição de 1946 o legislador apenas reproduziu o texto anterior.

Contudo apenas em 1988, diante de nossa atual carta Magna o legislador tirou a controvérsia:

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:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Assim, a Constituição de 1988 em manifestação da democracia, alcança seu objetivo de não distinguir homens e mulheres de qualquer natureza, incluindo aqui a distinção de gênero, como ocorreram em outras constituições passadas.

Diante de todo esse processo histórico, conforme entendimento de Margarita Dias e Francisco Cabral, “gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais.” (DIAS et al, 1998).

Assim, entende-se que o termo sexo refere às características biológicas do ser humano, ou seja, relacionado aos órgãos genitais de ambos os sexos, os aparelhos reprodutores masculinos e femininos, respectivamente. Ao passo que gênero está direcionado as relações sociais entre os sexos, homem e mulher, e o poder dos homens perante as mulheres.

Essa sociedade na qual valorizava as características masculinas em detrimento das femininas, chamada de patriarcal, ainda exerce grande influência nas relações de gênero nos dias atuais, pois as mulheres muitas vezes ainda são vítimas de violência apenas pelo fato de ser mulher dependente financeiramente do patriarca.

Mesmo com a atual discussão a respeito da proteção a dignidade feminina e busca pela igualdade em todos os aspectos, ainda encontramos indícios, em pequenas atitudes que em primeira análise não parecem ofensivos ou preconceituosos, mas de fato representam a forte influência do patriarcado na nossa formação como indivíduos. (NOGUEIRA, 2018).

A desigualdade social entre os sexos é exteriorizada com a supremacia dos homens no contexto social, uma vez que, ao longo dos anos as mulheres foram submetidas às discriminações e não garantida a elas igualdade em relação aos homens, conforme pesquisa da revista Época (2015);

[...] segundo Saadia Zahidi, responsável pelo relatório, o ponto em comum entre todos os países é que, apesar de avançarem em escolaridade, as **mulheres têm dificuldades enormes de ascensão a posições de alto escalão**. "As empresas e os governos precisam programar novas políticas para evitar a perda contínua de talento. Políticas mais eficazes nesse sentido podem impulsionar o crescimento e a competitividade" (COSTA, 2015).
(GRIFO NOSSO)

Nesse contexto de desigualdade pode se verificar que a mulher, quando vítima de violência, ainda sob influência da sociedade patriarcal, é discriminada.

Segundo Barsted (1999):

O quadro se agravou diante de um histórico de colonização e desenvolvimento econômico estrutural na qual tinha base em relações racializadas, passou, ainda, por duas ditaduras somente no período republicano, em que a violência, inclusive contra as mulheres que se inicializou. (BARSTED, 1999).

Desta forma, contribui para que os casos de violência de gênero ocorram e continuem acontecendo mesmo com o advento de leis protecionistas, assegurando que há algo de errado na aplicação destes direitos.

A violência contra a mulher, como foi dito, acaba sendo uma consequência do elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as desigualdades entre os sexos, e o gênero é o primeiro motivo para fundamentar tal violência.

Diante disso, pode-se considerar que a mulher se encontra no grupo de pessoas vulneráveis, relativos a pessoas mais passíveis de terem seus direitos violados, devido ao seu próprio estereótipo.

Portanto, conforme Bastos (2002), grupo vulnerável é o "conjunto de pessoas pertencentes a uma minoria que por motivação diversa, tem acesso, participação e ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais disponíveis para a população".

3- MUDANÇAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS À PROTEÇÃO DA MULHER E DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Quanto às mudanças legislativas relacionadas à proteção da mulher e das vítimas de violência doméstica e familiar destacamos a lei nº 11.340, denominada como Lei Maria da Penha, foi promulgada em 07 de agosto de 2006, a fim de propiciar meios para prevenir e reprimir violência doméstica e familiar contra a mulher. O texto da Lei versa sobre a criação de Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, altera dispositivos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, além de estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica.

Conforme a CIDH (2001), a Lei Maria da Penha surgiu depois de recomendações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antes da criação da Lei 11.340/2006 não existia no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma lei que visava coibir a violência contra as mulheres de forma específica. Entretanto, pode-se considerar que a Constituição Federal de 1988 trouxe significativa mudança nesse paradigma, garantindo que o Estado deve prestar a assistência a todos os integrantes da família, conforme dispõe seu art. 226, parágrafo 8º:

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. (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, observa-se a imposição da carta Magna ao Estado de proteger as relações familiares de violência mediante a criação de mecanismos para coibi-la.

O Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi adotado pela Assembleia Geral em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981 que contém diretrizes de proteção do Estado à mulher que em seu art. 1º traz "a discriminação contra a mulher" como sendo:

Art. 1º (...) Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW, 1979).

Segundo Helena Omena Lopes de Faria e Mônica de Melo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (CEDAW) de 1979 incentiva esse preceito constitucional de proteção no âmbito familiar, como observa na citação:

[...] prevê a possibilidade de adoção de medidas afirmativas ("ações afirmativas"), como importantes medidas a serem adotadas pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade. Permite-se a "discriminação positiva", pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. **Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório, buscando a pluralidade e diversidade social.** (FARIA; MELO 2015) **(grifo nosso)**

A Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, é exemplo pontual de medida afirmativa com intuito de possibilitar a igualdade de fato entre homens e mulheres. Diante desse contexto social, surgiu uma Cearense de Fortaleza, a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, a inspiradora da Lei Maria da Penha:

Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica brasileira nascida no Ceará em 1945, que sofreu diversas agressões por seu marido, Marco Antônio Heredia Viveros. Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio no ano de 1983 cometidas por seu marido, que até mesmo tentou eletrocutá-la, o que acabou deixando-a paraplégica. Após anos de luta, em 2002 o agressor foi condenado a oito anos de prisão, porém, ficou preso apenas por dois anos e hoje está livre. (RAMALHO, 2017, p.8)

Segundo entendimento de Ramalho (2017), o caso concreto serviu de instrumento para que Maria da Penha, com apoio do CLADEM (Comitê Latino americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional), denunciasse o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Após o processo e comprovação das denúncias, resultou na condenação do Estado brasileiro pela a inércia e pela falta de punições das agressões domésticas ocorridas no interior do território brasileiro, a cumprir determinações impostas pela Comissão Internacional e o pagamento de indenização à Maria da Penha, no valor de 20 mil dólares, pelo fato da demora do processo e da desproporção entre o fato e a pena aplicada ao agressor, além de exigir as seguintes recomendações, expostas no Relatório Anual 54/01, Caso 12.051, de 04 de abril de 2001:

VIII. RECOMENDAÇÕES

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação

simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em suas planas pedagógicas unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Pode-se considerar que a Lei 10.455, de 13 de maio de 2002, que modificou o art. 69 da lei 9099/95, criando assim uma medida cautelar⁶⁷, de natureza penal, ao admitir a

⁶⁷ Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 2002)

possibilidade de o juiz decretar o afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, e a Lei 10.886, de 17 de julho de 2004, que acrescentou a natureza violência doméstica ao artigo 129 do CP, pelo menos tentavam amenizar o problema social da violência doméstica. Mas não foram suficientes para prevenir, tampouco reprimir a atuação de autores de violência doméstica:

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1o a 3o deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). (BRASIL, 2004)

Retornando ao marco fundamental da Lei Maria da Penha, a mesma foi aprovada por unanimidade na Câmara e no Senado Federal, e em 07 de agosto de 2006, transformado como Lei Federal nº 11340 - Lei Maria da Penha.

Foram convidados para participar de reuniões ou convocados para oitivas alguns grupos, como a Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, representações de mulheres indígenas e negras, representantes da Magistratura, da Segurança Pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Outra presença marcante foi a de um grupo de juízes integrantes do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE). (CALAZANS & CORTES, 2011, p. 45).

Desta forma houve uma alteração importante no cenário da proteção da mulher por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) número 19, proposta em 2007, pelo Presidente da República na época, Luiz Inácio Lula da Silva, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 4424, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em 2010.

A ADC número 19 tinha por objetivo a declaração da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, uma vez que o artigo 1º, exclusivamente, protege à mulher, como observa na letra da lei:

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. (BRASIL, 2006) **(grifo nosso)**

Depois de análise do Supremo Tribunal Federal (STF), em 09 de fevereiro de 2012, foi julgada procedente a ADC, tendo em vista que o artigo 1º da Lei 11.340/2006 foi considerado constitucional, pondo fim nas discussões relativas à sua inconstitucionalidade, frente ao princípio da igualdade de tratar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais.

Outra questão relevante da ADC número 19 foi que seu julgamento declarou, também, constitucional os artigos 33 e 41 da Lei Maria da Penha. A respeito do artigo 33, reconheceu a competência cumulativa das varas cíveis e criminais para processar e julgar violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto não estiverem estruturados os juizados de violência doméstica. Sobre o artigo 41, confirmou a letra da lei que diz sobre a não aplicação da lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995, em crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher.

Vejamos os votos;

[...] primeira a votar após o ministro Marco Aurélio, relator da ação, a ministra Rosa Weber disse que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira”. Segundo ela, essa lei “tem feição simbólica, que não admite amesquinamento”.

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux disse que a lei está em consonância com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal (CF). (STF, 2012)

Em relação a ADI número 4424, que também foi julgada procedente, o STF pacificou o entendimento da desnecessidade de representação da vítima de violência doméstica em casos de lesão corporal, ainda que seja de natureza leve. Pois se for condicionada a representação, poderia dificultar a eficácia e prosseguimento da ação penal atinentes a garantir os direitos da vítima. No sentido do pensamento de Maria Berenice Dias (2012):

O único voto discordante traduz a preocupação de alguns, de que a impossibilidade de estancar a ação penal inibiria a vítima de denunciar a violência, pois muitas vezes o registro era feito com intenção correccional. No entanto, não serve a lei a tal desiderato. Diante de um ato que configura violência física, sexual, moral, psicológica ou patrimonial cabe à busca de medida protetiva. No entanto, quando algumas dessas práticas tipificam delito que enseje o desencadeamento de ação penal pública incondicionada, não há como deixar ao exclusivo encargo da vítima a responsabilidade pela instalação da ação penal. É um ônus que não cabe ser imposto, a quem conseguiu romper a barreira do silêncio, venceu o medo e buscou a proteção estatal. Como os delitos domésticos não podem ser considerados de pequeno potencial ofensivo, impositivo que a tutela assegurada pela Lei se torne efetiva, cabendo ao agente ministerial assumir a Ação Penal. (DIAS, 2012).

Em contrapartida o pensamento em contramão da necessidade de garantir a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, o Ministro Cezar Peluso, o único a discordar da ADI, acredita que a Ação Pública Incondicionada poderá trazer outros problemas, já que as vítimas poderão fazer as pazes, conforme parte de seu posicionamento:

Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada. (STF apud PELUZZO, 2012).

Importante mencionar que as decisões emanadas pelo STF, definitivas de mérito, produzem eficácia erga omnes⁶⁸, relativamente ao Poder Judiciário e à Administração Pública, direta ou indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal, de acordo com o artigo 102, §2º, da Constituição da República (1988);

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Para a concretização dessa justiça, a norma jurídica tem papel fundamental, conforme relata a deputada Laura Carneiro (2016) apud Porto et al (2008);

As relações humanas prescindem de uma ordem previamente estabelecida, que traz normas de condutas à sociedade. Essas normas podem ser morais ou jurídicas. O elemento de distinção entre eles é o imperativo autorizante, ou seja, a coercibilidade da norma jurídica. (CARNEIRO, 2016 apud PORTO et al 2008).

Essas relações sociais de afeto ou familiares, palco de abusos e inúmeras formas de violência, não podem ser reguladas unicamente por normas morais, sob pena de se perpetuar a violência em prol da manutenção da família.

Assim, a Lei Maria da Penha transpõe a violência contra a mulher do âmbito privado para o público, criando normas jurídicas dotadas de efetividade.

Com objetivo de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar o problema da violência contra a mulher no Brasil, foi sancionada a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha.

Cujo principal objetivo, conforme aduz a artigo 1º da Lei 11.340/06,

⁶⁸ [...] significa que uma norma ou decisão terá efeito vinculante, ou seja, valerá para todos. Por exemplo, a coisa julgada erga omnes vale contra todos, e não só para as partes em litígio. (ACQUAVIVA, 2001, p.230)

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. (BRASIL, 2006).

Para Evangelista (2020),

A meta da Lei Maria da Penha é a proteção máxima e integral da mulher, buscando o desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher vítima, e não a mera busca de um culpado e de sua consequente punição focada em um endurecimento da intervenção penal, na criminalização de condutas e na imposição de penas mais gravosas.

A Lei Maria da Penha não contém um rol de crimes de violência doméstica, mas sim a referência às formas de violência praticadas contra a mulher, dada a sua condição peculiar (arts. 4º e 7º da Lei n. 11.340/2006).

De acordo com o art. 7 da Lei 11.340/06, são considerada violência contra mulher, a violência física, psicológica, sexual e patrimonial:

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; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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. (Brasil, 2006).

A Lei Maria da Penha (LMP) aumentou a pena máxima que era de um para três anos de detenção e acabou com o pagamento de cestas básicas como acontecia anteriormente com os agressores. É o que elenca a Lei no 11.340/2006, art. 17: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. (BRASIL, 2011, p. 20).

Para Garland (2012),

O Estado detém o poder de criar leis severas que buscam criminalizar condutas reprováveis, mas que são apenas simbólicas, e deixam de investir em uma política efetiva e de qualidade que não necessariamente seja a punitiva. O direito penal na busca de agir com rigor e dissipar a criminalidade pode estar cometendo um equívoco sobre ser a solução efetiva para os problemas sociais, pois gera por determinado prazo um sentimento de proteção a população, mas, seguidamente o resultado que se tem é impreciso.

Nesse sentido, o autor Sérgio Salomão Checaria, dispõe sobre esse arcabouço da punição no Brasil:

[...] legislações recentes criaram novos crimes, maximizaram penas de delitos já existentes, aumentaram as hipóteses de detenção provisória (26% das pessoas encarceradas no Brasil aguardam julgamento), dificultaram a progressão de regime e o livramento

condicional. Criou-se uma cultura punitiva. Muitos acreditam que a punição seja a solução para todos os males da humanidade. Dois dos principais responsáveis legais por essa situação foram a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90) e a Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

O cunho imediatista do Direito penal simbólico não traz às mulheres que sofrem violência doméstica, mais do que severas normas simbólicas, assim como para drogas e o crime organizado pela diminuição das práticas criminosas, pois se criam normas rigorosas sem eficácia.

A intenção é que não haja normalidade sobre a violência das mulheres nos casos de crimes passionais que são vistos pelo Judiciário como menos graves com conseqüentemente penas mais leves ou até tolerância desses crimes.

Diante desse contexto, tem-se buscado adotar a existência de tipos de feminicídio para que assim possa ser demonstrado a motivação, e o contexto social vivido por cada mulher na sociedade e a reflexão de que há um problema complexo e individualizado.

Para Fernandes (2015) essa tipologia possui três classificações:

Classificação	Características
Feminicídio íntimo	São crimes perpetrados por homens, no qual as vítimas mantêm ou em algum momento já mantiverem relação íntima, familiar, de convivência ou afins. Fazem parte desse grupo também, crimes cometidos por parceiros sexuais ou pessoas com quem tiveram relações interpessoais como, por exemplo, maridos companheiros, namorados.
Feminicídio não íntimo	São aqueles praticados por homens que não fazem parte da convivência da vítima, ou não são da família, entretanto mantem uma relação de lealdade, subordinação e amizade,

como por exemplo, colegas de profissão. Essa classificação pode ser separados em dois subgrupos, tais sejam a praticada com violência sexual ou sem o uso de violência sexual.

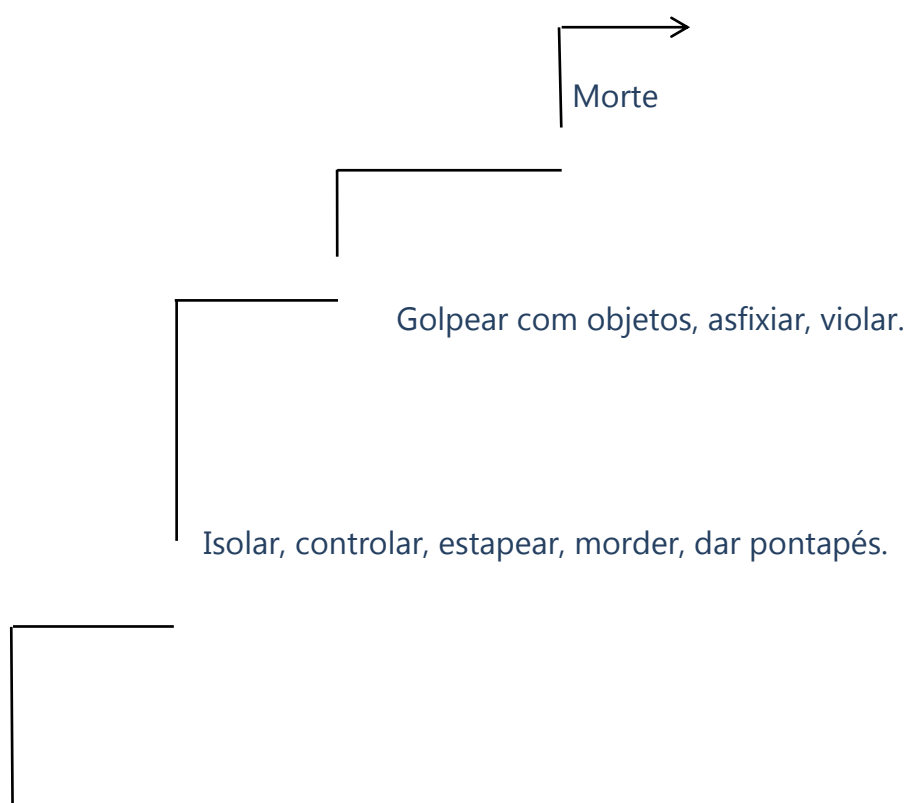
Feminicídio por conexão

São crimes em que uma mulher alheia a um conflito tenta impedir um crime contra outra mulher e se torna vítima fatal. É independente de vínculo entre o agressor e a vítima.

Fonte: Fernandes (2015).

A autora Shelma Lombardi de Kato (2008) propõe uma escala evolutiva, que pode ser assim representada:

ESCADA DA VIOLÊNCIA



Criticar constantemente, empurrar, quebrar objetos queridos.

Ameaçar, ironizar, fazer escândalos.

O caráter dos agentes é para Magalhães Noronha (1967):

“esses assassinos são péssimos indivíduos: maus esposos e piores pais. Vivem sua vida sem a menor preocupação para com aqueles por quem deviam zelar, descaram de tudo, e um dia quando descobrem que a companheira cedeu a outrem, arvoram-se em juízes e executores. A verdade é que não os impele qualquer sentimento elevado ou nobre. Não. É o despeito de ser preterido por outro. É o medo do ridículo – eis a verdadeira mola do crime. (NORONHA, 1967).

Com a nova Lei nº 13.104 de 2015, originou-se uma modalidade de homicídio qualificado, nomeado como feminicídio, “que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino”. Para que uma mulher seja vítima desse crime, precisa ter circunstância que leve a tipificação do delito do artigo 121 do Código Penal, de acordo com o § 2º - A do artigo 121, o crime deverá ser praticado por razões de condição de sexo feminino, que será concretizado quando ocorrer: I. Violência doméstica e familiar; II. Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A redação traz no artigo 121, inciso VI e parágrafo § 7º, a seguinte definição:

Feminicídio VI. Contra a mulher por razões da condição do sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

[...]

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) I. Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II. Contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condições limitantes ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

III. Na presença física ou virtual de descendentes ou ascendentes da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

IV. Em descumprimento das medidas protetivas de urgência prevista nos incisos I, II, III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluída pela Lei nº 13.771 de 2018).

Quanto à assistência, a Lei garante à mulher em situação de violência acesso à Assistência Social, ao Sistema Único de Saúde e ao Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º da Lei 11.304/2006).

Essa alteração legislativa pode ser considerada como uma grande mudança, um avanço social na proteção aos direitos humanos atinentes às mulheres, bem como para toda sociedade.

Algumas alterações legislativas representaram ações afirmativas para minimizar a desigualdade entre homens e mulheres, dando-lhes oportunidades semelhantes. Assim, podem ser citados:

A Lei nº 9.029 (1995) que proíbe a exigência de atestados de gravidez, esterilização e outras práticas discriminatórias para efeito de admissão ou de permanência na relação jurídica de trabalho.

A lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar.

O Decreto nº 6.387 de 2008 que tem as seguintes finalidades:

Autonomia econômica e igualdade no mundo do trabalho, com inclusão social; educação inclusiva; saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos; enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres; participação das mulheres nos espaços de poder e decisão; direito à terra, moradia digna e infraestrutura social nos meios rural e urbano; cultura, comunicação e mídias igualitárias, democráticas e não discriminatórias; enfrentamento do racismo, sexismo e lesbofobia; enfrentamento das desigualdades geracionais que atingem as mulheres, com especial atenção às jovens e idosas. (BRASIL, 2008).

Diante disso, percebemos a assistência do Estado em elaborar normas eficazes para dar amparo às mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil.

Quanto aos aspectos mais relevantes sob o ponto de vista da agilidade e efetividade da proteção da mulher são: a capacidade postulatória da vítima (art. 12, § 1º, da Lei n. 11.340/2006); a extensão das medidas protetivas a testemunhas e familiares da vítima (art. 22, III, a e b, da Lei n. 11.340/2006); tramitação célere, pois há o prazo de 48 horas para o encaminhamento do pedido pela autoridade policial (art. 12, III, da Lei n. 11.340/2006) e o mesmo prazo para o juiz decidir (art. 18 da Lei n. 11.340/2006); caráter *rebus sic stantibus* das medidas, que a todo tempo podem ser substituídas ou revistas (art. 19, § 2º, da Lei n. 11.340/2006); e possibilidade de decretação da prisão preventiva, inclusive no curso do inquérito policial (art. 20 da Lei n. 11.340/2006).

De fato, mesmo com amparo legislativo, a violência contra a mulher é cultural, social e histórica. Reflete padrões apreendidos, naturalizados e repetidos por pessoas de todas as classes sociais e idades. Por isso, seu enfrentamento deve resultar de uma visão multidisciplinar compatível com a complexidade do fenômeno.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se pautou no esclarecimento sobre a agressão doméstica e familiar contra pessoas do gênero feminino, decorrente de uma cultura patriarcal de valorização do homem e submissão da mulher.

Na sociedade brasileira, a história libertadora e desencadeadora de novos horizontes para vítimas de todo o Brasil foi a da Maria da Penha Maia Fernandes, que apresentou o seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sob o jugo da tolerância à violência doméstica e familiar contra a mulher que o país, injustificadamente, era indiferente à situação.

A mulher ainda se depara com esta contradição: de um lado, uma herança histórica que a limitou a ser mãe, criadora da prole; por outro, a possibilidade de escolher seu futuro, seu estudo, sua profissão e se fazer sujeito de sua história, em pé de igualdade com o sexo masculino. Porém, é dentro de suas casas que vem à tona o lado mais cruel desta contradição, muitas vezes com a conivência da própria vítima: a violência doméstica do marido ou companheiro contra a mulher.

Sendo assim, a Comissão emitiu um relatório de recomendações em 2001, em que responsabilizou o Brasil e exigiu que adotasse medidas de prevenção de tais crimes.

Verifica-se que o desafio das mulheres pela luta da conquista de direitos e igualdade ainda a muito de ser batalhado para se alcançar o desejado, pois a mulher continua sendo discriminada desde os tempos mais remotos, desprezada do poder e os casos de violência doméstica praticados contra elas continuam ocorrendo, sendo assim o Estado é responsável pela proteção deste grupo vulnerável.

Diante desse contexto, constatadas onde existem mais vítimas e especificamente quais crimes são mais cometidos, é possível estabelecer algumas sugestões para combater os crimes de violência doméstica e familiar contra mulher:

- ✓ Criação de um Centro de Referência em Saúde Psicológica para o agressor de violência doméstica no bairro industrial, que contará com profissionais especializados para o acompanhamento e tratamento de possíveis diagnósticos mentais;
- ✓ Ampliação e divulgação do Programa Alcoólicos Anônimos e elaboração de um Centro de Reabilitação a usuários de drogas, mantido pelo Poder Público; ✓ Criação de um centro de acolhimento para vítimas e dependentes no bairro Industrial, visando agir de forma específica no problema. Esses centros contariam com:
- ✓ Empenho de diferentes ramos de profissionais qualificados, como psicólogos, terapeutas, assessores jurídicos, professores, dentre outros;
- ✓ Infraestrutura necessária para acolhimento da vítima, de forma digna e imediata, proporcionando a guarida dos envolvidos;
- ✓ Creche para atender aos filhos das vítimas que necessitarem trabalhar;
- ✓ Cursos profissionalizantes para qualificar a mulher para o mercado de trabalho e, assim, ser capaz de sustentar a si e seus dependentes, tendo em vista que a condição financeira e grau de escolaridade estão diretamente ligados à incidência de violência doméstica contra a mulher.

A adoção dessas sugestões potencializaria um melhor atendimento em defesa das mulheres, uma vez que garantiria a elevação do bem estar físico, psicológico e social da vítima.

Desta forma, a superação da violência contra a mulher é uma questão complexa e merece muito estudo e conscientização da população e diálogo entre famílias para que um dia essa violência possa vir ser efetivamente erradicada.

Concluimos então, que é necessária a criação de ações do governo para dar amparo às famílias vítimas de agressão, e conscientizar os agressores do crime, e suas consequências.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

AZEVEDO, Fernando de. **A cultura brasileira**. 5. Ed. São Paulo: Melhoramentos/INL, 1976. Parte 3: A transmissão da cultura.

BASTOS, R.L. **Patrimônio Arqueológico, Preservação e Representação Sociais: Uma proposta para o País através da análise da situação do Litoral Sul de Santa Catarina**. Programa de Pós-graduação de arqueologia. Museu de Arqueologia e etnologia. Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002.

BARSTED, Leila Linhares. A legislação civil sobre família no Brasil. **As mulheres e os Direitos Civis**. Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal (1937)**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 09/06/2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1946)**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 05/06/2021.

BRASIL. **Código Civil (1916)**. **Código Civil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 01 jan. 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 05/06/2021.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. **Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/06/2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02/06/2021.

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.** Diário Oficial da União, Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10/06/2021.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm> Acesso em: 09/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 09/06/2021.

BRASIL. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm> Acesso em: 10/06/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.455 de 13 de Maio de 2002.** Disponível em: <<https://www.andi.org.br/file/51381/download?token=8H5iAcpk>> Acesso em: 10/06/2021.

BRASIL. Lei nº 10.886 de 17 de Junho de 2004. **Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica".** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.886.htm> Acesso em: 10/06/2021.

CALAZANS, Myllena. CORTES, Iáris. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, Carmem Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CARNEIRO, Laura. **Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher**. 2016. Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=19F7C4B9F3B098CF38A6423BE998EEF1.proposicoesWebExterno2?codteor=1548448&filename=Tramitacao-PL+5001/2016> Acesso em: 10/06/2021.

COSTA, Ana Clara. **Desigualdade entre homens e mulheres dispara no Brasil em 2015**. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/11/desigualdade-entre-homens-e-mulheres-dispara-no-brasil-em-2015.html>> Acesso em 10/06/2021.

CIDH. **Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes**. 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 10/06/2021.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. 2014. Disponível em: <http://berenedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em: 09/06/2021.

RELATÓRIOS DINÂMICOS. **Indicadores de violência contra as mulheres**. Portal Relatórios Dinâmicos, [S.l], 2019. Disponível em: <http://relatoriosdynamics.com.br/mulheres/violencia/BRA004041095/curitiba---pr>. Acesso em: 09/06/2021.

NOGUEIRA, Renzo Magno. **A evolução da sociedade patriarcal e sua influência sobre a identidade feminina e a violência de gênero**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5377, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48718>. Acesso em: 10/06/2021.

FARIA, Helena Omena Lopes de. Mônica de Melo. **Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher e Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado09.htm>> Acesso em: 10/06/2021.

STF. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 Distrito Federal**. 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>> Acesso em: 10/06/2021.

DIAS, Maria Berenice. **Maria da Penha: uma lei constitucional e incondicional**. 2012. Disponível em: <<https://www.feminal.com.br/tag/violencia-domestica/>> Acesso em: 10/06/2021.

EVANGELISTA, Raquel Henrique. **A (in) eficácia das medidas protetivas da lei Maria da penha do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <<http://bib.pucminas.br:8080/pergamumweb/vinculos/000074/0000742b.pdf>>. Acesso em 10/06/2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio)** / Valéria Diez Scarance Fernandes – São Paulo: Atlas, 2015.

GARLAND, apud MELLIM, Ana Helena Rodrigues. **Direito Penal Simbólico: a influência do pensamento de Émile Durkheim. Dissertação de Mestrado.** Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 70. Direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 2 (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio).

STF. **Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha.** 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853&ori=1>> Acesso em: 10/06/2021.

NASCITURO: A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO FACE AO SISTEMA LEGISLATIVO NO BRASIL

INGRID LAUANA MOREIRA CHAVES:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Una

DANIEL LOTT MURTA AGUIAR⁶⁹

(coautor)

DANIEL SECCHES SILVA LEITE⁷⁰

(orientador)

RESUMO: Trabalho acadêmico destinado à análise teórica e conceitual acerca da situação e configuração jurídica do nascituro no direito brasileiro. Para tanto, busca-se o entendimento sobre conceito jurídico e biológico de quem é o nascituro e as divergências relativas ao assunto, promovendo também uma análise aprofundada acerca do tema e de quais os direitos o nascituro possui. O Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal resguardam ao nascituro certos direitos, desde que haja o nascimento com vida. Nesse sentido, o presente estudo busca a compreensão das teorias do nascimento, bem como do início da personalidade jurídica, traçando ainda um paralelo intrínseco entre a aplicabilidade e importância destes institutos em relação aos direitos do nascituro e o exercício e titularidade destes direitos legalmente estabelecidos.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade. Teorias do nascimento.

ABSTRACT: Academic work for theoretical and conceptual analysis about the situation and legal configuration of the unborn child in Brazilian law. To this end, it seeks to understand the legal and biological concept of who is the unborn child and the disagreements related to the subject, also promoting an in-depth analysis about the theme and which rights the unborn child has. The Brazilian Civil Code and the Federal Constitution safeguard certain rights for the unborn child, as long as the birth is alive. In this sense, the present study

69 Acadêmico de Direito do Centro Universitário UNA – e-mail: danielaguiarmma@gmail.com.

70 Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, Advogado e Professor de Graduação e Pós Graduação nas disciplinas de Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Métodos Adequados de Solução de Conflitos – e-mail: dansecches@yahoo.com.br

seeks to understand the theories of birth, as well as the beginning of legal personality, drawing an intrinsic parallel between the applicability and importance of these institutes in relation to the rights of the unborn child and the exercise and ownership of these legally established rights.

Keywords: Personality. Theories of birth. Unborn.

SUMÁRIO: Introdução; **1.** Conceito jurídico e biológico do nascituro; **2.** Teorias de nascimento e o início da personalidade jurídica; **2.1.** Teoria natalista; **2.2.** Teoria da concepção subordinada à condição suspensiva; **2.3.** Teoria da concepção subordinada à condição resolutiva; **3.** Os direitos do nascituro no Brasil – A controvérsia acerca da titularidade de direitos do nascituro; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos inerentes ao nascituro sempre foram objeto de discussões nos diversos âmbitos da sociedade. Na esfera jurídica, sobretudo, o nascituro recebe especial atenção no que tange à obtenção de direitos e ao momento em que se adquire esses eventuais direitos.

O nascituro é condição do ser humano que, embora concebido, dito esse como sendo o momento de fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ainda não nasceu, ou seja, é reconhecido como vida intrauterina. Assim, importa acalorar a discussão acerca dos direitos destes seres que, embora sejam titulares de direitos, em regra, somente poderão exercê-los após o nascimento com vida.

Neste sentido antes mesmo do aprofundamento do conhecimento acerca dos direitos do nascituro, cumpre entender de forma pormenorizada o conceito de nascituro e como o ordenamento jurídico brasileiro preceitua e caracteriza o nascituro. Tal conhecimento é construído através das teorias acerca do nascimento e da personalidade jurídica.

As teorias de nascimento discutem em qual momento biológico considerar-se-á o feto efetivamente vivo, sendo que este momento caracterizará o início da personalidade jurídica. Deste modo, a personalidade se traduz na capacidade de ter/possuir direitos junto ao ordenamento jurídico, sobretudo aqueles constitucionais. Contudo, como é sabido, a capacidade de exercício somente é adquirida com a maioridade civil, ou caso se aplique as exceções cabíveis.

Neste ínterim, o presente trabalho procura aprofundar o conhecimento acerca do conceito jurídico e biológico do nascituro e, a partir disto, compreender as teorias do nascimento e da personalidade jurídica. Toda essa racionalização e pré-compreensão são necessárias para que se atinja o objetivo principal do presente estudo, o entendimento quando a titularidade de direitos do nascituro face ao ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONCEITO JURÍDICO E BIOLÓGICO DO NASCITURO

O conceito precípuo de nascituro é, conforme se vê, a pessoa humana que ainda não nasceu, embora já concebida no ventre materno, ainda que não se confunda jamais com feto ou embrião. Assim, tem-se no latim a origem etimológica do termo. Na língua "morta", conforme o dicionário da língua brasileira Michaelis, o termo nascituro deriva de *nasciturus*, sendo aquele que há de nascer; ser humano já concebido, cujo nascimento futuro é certo⁷¹.

Em complemento, ainda sobre a acepção do termo, Farias e Rosendal⁷² explicam que

Etimologicamente, nascituro é a palavra derivada do latim *naciturus*, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer, nesse passo, o nascituro é aquele que já está concebido, mas ainda não nasceu, é aquele que ainda está no corpo da genitora.

O Código Civil brasileiro põe a salvo, em seu artigo segundo⁷³, os direitos do nascituro, deixando expresso ainda que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida. Contudo o diploma legal não promove a qualquer conceituação acerca do nascituro, ficando a tarefa a cargo da doutrina hodierna. Assim, na opinião de Maria Helena Diniz⁷⁴, o nascituro conceitua-se nos seguintes termos:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de

71 Nascituro. **Dicionário Michaelis.** Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=nascituro> acesso em out. 2020.

72 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 200

73 Código Civil 2002. 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.

74 DINIZ, Maria Helena, **Dicionário jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. 3v. P. 334.

personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Deste modo, entende-se que o nascituro é todo ser humano que, embora não nascido, já foi concebido, possuindo respaldo e proteção jurídica e fática na sociedade brasileira. Contudo, a esfera jurídica exigirá ainda outros requisitos para que o nascituro possa exercer, de fato, seus direitos, como o nascimento com vida, ainda que ocorra o falecimento logo após o parto. O que levará a efeitos jurídicos diversos do feto que nasce já sem vida.

Em seus célebres ensinamentos Carlos Roberto Gonçalves⁷⁵ explica que o nascituro perderá tal configuração quando efetivamente se desprender do ventre materno independente da forma médica que ocasione o parto. Nas palavras do autor.

Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida. Lavram-se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito (LRP, art. 53, § 2º).

Paralelamente aos conceitos de nascituro, cumpre trazer à tona a figura dos embriões criogenados, também conhecidos como *in vitro*. Estes são entendidos como seres embrionários que, por opção dos doadores de óvulos e espermatozoides, são criopreservados biologicamente para que seja realizada a implantação no útero feminino em um oportuno momento futuro e que pode ou não acontecer.

Neste contexto, Silmara Chinelato e Almeida⁷⁶ explica ainda que:

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação "in vitro", que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião "in anima nobile", para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve,

75 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral/ 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 96.

76 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Scientia Iuris. P.90.

conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação... Com raízes no Direito Romano, o conceito de nascituro é o de pessoa por nascer, já concebida no ventre materno ("*in anima nobile*").

Cumpra aqui trazer à baila a discussão acerca da personalidade jurídica do embrião criogenado, sobretudo acerca do momento em que se inicia a personalidade. Acerca do tema, caso após a realização da criogenia um dos doadores faleça, abre-se a discussão acerca do início da personalidade. Se de um modo for considerado *persona* o ser embrionário quando da fecundação em qualquer ambiente, será este sucessor do doador.

Noutro giro, caso se considere que a personalidade e a titularidade de direitos se iniciarão essencialmente com a implantação *in útero* e esta ocorrer após a morte de um dos doadores, o embrião não poderá ser determinado como sucessor deste, pois foi concebido após a sua morte⁷⁷.

Além disso, é importante destacar o conceito da teoria da nidação, mencionado pela autora supra. Nesta teoria, considera-se o momento da nidação como início da titularidade de direitos. A nidação ocorre cerca de 06 dias após a fecundação, sendo caracterizada pela fixação do embrião no útero materno, sendo este o momento em que se dá a efetiva viabilidade gestativa.

Neste sentido é o posicionamento de Cristiane B. Vasconcelos⁷⁸:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.

⁷⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil : parte geral**, volume 1— 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. P. 120

⁷⁸ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35.

Ao revés, cumpre explicar o posicionamento de Maria Helena Diniz⁷⁹ acerca da personalidade do nascituro e do embrião. Para a autora, o embrião e o nascituro, respectivamente em vidas extra e intra uterina, terão personalidade jurídica formal e, em caso de nascimento com vida, passarão a ter personalidade material. Nas palavras da autora:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (PL n. 699/2011, art. 2a; Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa; Pacto de São Jose da Costa Rica, art. 4a, I; Resolução do CFM n. 1.957/2010, Seções IV, n. 3, V, VI), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (*RT*, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3a). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

Assim, fica claro que o nascituro possuirá direitos desde a sua concepção como o direito constitucional à vida, à propriedade, ao nome, entre outros. Porém, o efetivo reconhecimento destes direitos está condicionado ao nascimento com vida. Acerca do nascimento, teceremos no próximo capítulo considerações acerca das teorias do nascimento e do início da personalidade, momento crucial ao prelúdio do exercício dos direitos do nascituro.

2. TEORIAS DE NASCIMENTO E O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O momento do nascimento é, além de mais insinuante biologicamente, sem dúvida o mais importante ponto de análise acerca da obtenção e do exercício dos direitos do nascituro. No entanto, diverge-se doutrinariamente acerca do início da personalidade, sendo que tal fato se liga intimamente às teorias do nascimento.

⁷⁹ Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro/volume 1; teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.222.

A personalidade é que nos confere capacidade fática e jurídica para a obtenção e para o exercício dos direitos que possuímos enquanto cidadãos, povo ou em qualquer esfera da vida em sociedade, legalmente tutelada.

Acerca do conceito e entendimento da personalidade jurídica, Maria Helena Diniz⁸⁰ leciona que

a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Neste contexto, demonstra-se que, no Direito Civil, é possível a adoção de diferentes teorias acerca do início da personalidade e, conseqüentemente, do próprio nascimento humano, sendo este momento crucial em relação à personalidade jurídica.

2.1 Teoria Natalista

Para os adeptos da teoria natalista, a personalidade jurídica somente se iniciará quando do nascimento com vida, ainda que a Lei resguarde direitos ao nascituro. Tal teoria abarca uma interpretação direta e elementar do disposto no art. 2º do Código Civil Brasileiro.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁸¹

A doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, nessa questão, a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses,

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral/ 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.103.

retroage ao momento de sua concepção. Essa teoria se assenta na interpretação literal e simplista do art. 2º do Código Civil, na parte que afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”.

Deste modo, conforme se vê, a personalidade civil somente se iniciará com o nascimento com vida, de modo que, em caso de não nascimento ou do nascimento sem vida, não há obtenção de direitos ou mesmo efeitos jurídicos inerentes à personalidade em geral.

2.2 Teoria da Concepção Subordinada à Condição Suspensiva

Noutro giro, a Teoria de personalidade condicionada preleciona que a personalidade jurídica se inicia na concepção, porém, se encontrará em condição suspensiva durante a gestação, estando condicionada ao nascimento com vida para a efetivação dos efeitos jurídicos inerentes. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁸²:

a da *personalidade condicional* sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.

Nota-se, portanto, que a teoria de personalidade condicional se assemelha à teoria natalista, pois exige o nascimento com vida para a efetivação dos direitos. Contudo, difere daquela no que tange ao início da personalidade civil.

Nesta teoria de estudo, havendo o nascimento com vida, a personalidade retroagirá à concepção, naquela, a personalidade se inicia com o próprio nascimento com vida, com a respiração da criança recém-nascida, sendo, antes disto, ressalvado certos direitos ao nascituro, conforme visto.

2.3 Teoria da Concepção Subordinada à Condição Resolutiva

82 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral/ 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 96.

Por fim, têm-se a teoria Conceptionista, que defende que tanto a vida como a personalidade jurídica terão como marco inicial a concepção, ou seja, o momento da fecundação espermatozoide-óvulo.

Uma das adeptas da referida teoria, a professora Maria Helena Diniz⁸³ explica que:

Entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. Apenas os direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida, conforme a segunda parte do art. 2.º do Código Civil

Em raciocínio análogo e complementar, Silmara J.A. Chinelato⁸⁴ demonstra ainda que:

A personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos... Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutive mente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

Assim o que demonstramos aqui é uma interpretação alargada e menos tradicionalista do disposto no art. 2º do Código Civil. De modo que os defensores desta

83 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. p. 122.

84 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Scientia Iuris. P.92

teoria entendem que, todos os direitos inerentes a personalidade civil estão presentes desde a concepção (a exemplo do direito à vida, adoção, nome, paternidade entre outros), sendo que a parte final do referido artigo somente trata do exercício de determinados direitos, sobretudo aqueles relativos ao patrimônio, pois estes sim, dependerão sumariamente do nascimento com vida.

No que tange aos direitos patrimoniais em que o nascituro poderá ser titular, José Carlos Moreira Alves⁸⁵ explica que

No terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. Em vista disso, o nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro num testamento. E, para resguardar o interesse do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator ventris*. Com base nesses princípios que foram enunciados pelos juriconsultos clássicos, surgiu, no direito *justinianeus*, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*).

Deste modo, pode-se afirmar, em resumo, que ao nascituro é reservado o direito patrimonial tanto quanto qualquer outro, em razão de ser pessoa. Ora, a discussão se assenta na personalidade jurídica do nascituro e não na sua condição humana potencial.

Cumprido destacar, por fim, que a legislação brasileira, em regra, adota a teoria natalista. Porém, é possível a relativização judicial desta regra, o que se nota pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o direito ao dano moral ao nascituro, adotando, no caso concreto, a teoria concepcionista⁸⁶.

⁸⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 1972. P. 533

⁸⁶ EMENTA: DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja

3. OS DIREITOS DO NASCITURO NO BRASIL – A CONTROVÉRSIA ACERCA DA TITULARIDADE DE DIREITOS DO NASCITURO

Cerne da análise do presente estudo, a condição jurídica do nascituro no Brasil é alvo de grande discussão e controvérsia. É certo, por força do Código Civil, que o nascituro possui direitos desde a sua concepção, mas as várias teorias e condicionantes levam a um trilema de posicionamentos acerca da titularidade de direitos por parte do nascituro. Contudo, é latente o posicionamento de que, independente da teoria adotada, o nascituro será, em dado momento, titular de direitos. Sobre tal assertiva, Geraldo Duarte e José Américo Silva Fontes⁸⁷ explicam que:

Independente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o dato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina se não se autorizasse a proteção deste nascituro (direito a vida) para que justamente pudesse usufruir desses direitos. [...]

Assegurar direitos desde o surgimento da vida intrauterina pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não-nascido, já que este é o pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos. Dessa maneira, posicionou-se o ordenamento jurídico, ao proibir qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro, criminalizando o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que ele se encontre e também resguardando o respeito a sua integridade física e moral.

Neste contexto, as teorias de personalidade jurídica influenciam diretamente na aquisição e no exercício de direitos por parte do nascituro. O código civil, conforme visto, afirma que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, mas resguarda ao nascituro direitos como de personalidade, imagem, propriedade, vida e dignidade. Em relação a estes direitos, não se demonstra controvérsia. Pacífica a ideia, entre as teorias, de

fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando a solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes ou retardamento da solução jurisdicional.

STJ, REsp 399.029-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, 15.4.2002, p. 232

87 DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo silva. **O Nascituro: visão interdisciplinar**. São Paulo, Editora Atheneu, 2009. P. 235

que o nascituro possui, por exemplo, direito à vida. A problematização surge quando se discute a personalidade em si e, sobretudo, o exercício do direito.

Cumprir diferir essencialmente a capacidade de direito, que se demonstra como a possibilidade de ser titular de direitos, da capacidade de fato, ou capacidade de exercício, em que o titular do direito material possui capacidade de exercer seus direitos. Neste ponto, a capacidade plena se dá, em regra, com a maioria civil, aos 18 anos, respeitadas as exceções elencadas pelo código civil, art. 5º. Sobre o tema, Maria Helena Diniz⁸⁸, com a peculiar mestria, explica

Da análise do art. I a do Código Civil surge a noção de capacidade, que é a maior ou menor extensão dos direitos e dos deveres de uma pessoa. De modo que a esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de gozo ou de direito*. A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despidendo-o dos atributos da personalidade. Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de tuna insuficiência somática (deficiência mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina "incapazes". Logo, a *capacidade de fato ou de exercício* e a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial

Assim, o que se pode afirmar é que o nascituro é civilmente incapaz de exercer os atos concernentes aos direitos que possui, mas que possui capacidade de direito ou gozo, a depender da teoria jurídica aplicada para caracterização do início da personalidade civil.

Superado o entendimento acerca da capacidade civil, nota-se que para os defensores da teoria da concepção condicionada a personalidade inicia-se desde a concepção do feto, mas encontra-se em condição suspensiva durante a gestação e, em caso de nascimento com vida, como condição resolutiva, a personalidade irá, de fato, produzir efeitos.

88 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. p. 167/168.

Neste diapasão, o feto não possui personalidade jurídica, ou poderia, no máximo, carregar personalidade jurídica formal, que se materializará com o nascimento com vida. Sobre este posicionamento, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁹ afirma que:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o embrião, concebido *in vitro* personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

De outro modo, a teoria da concepção condicionada à resolução afirma que o nascituro possuirá direitos desde a concepção, independente do nascimento com vida ou não. O que se altera aqui é a capacidade de direitos, ou seja, a possibilidade de se exigir o cumprimento de direitos, isto porque, muito embora o recém-nascido não possa exercer seus direitos, os terá resguardados pela atuação de seu representante legal. Ademais, frisa-se que a Lei ressalva ao nascituro o direito propriamente dito e não a expectativa dele. Este é o posicionamento de, Silmara J.A. Chinelato⁹⁰ que afirma:

a personalidade -que não se confunde com capacidade não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutive mente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4". do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101

⁹⁰ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Scientia Iuris. P.93

estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

Em outra obra, a mesma autora afirma ainda que⁹¹:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.

Neste teor, o que se extrai é que o nascituro possui direitos independentemente do nascimento com vida, inclusive patrimoniais, tendo em vista que, possuindo direito aos bens, recai em si, através de seus representantes legais, a obrigação de arcar com os ônus da propriedade que possui, por mais estranho que pareça este fato. Para a teoria concepcionista, não há qualquer diferença entre o nascituro e a pessoa já nascida com vida, de modo que possuem mesmos direitos e obrigações.

A teoria natalista, diferentemente das teorias anteriores, preconiza que a personalidade, conforme visto, inicia-se tão somente com o nascimento com vida. Deste modo, antes do nascimento efetivo, o nascituro não poderia ser considerado pessoa e, não o sendo, coisa seria, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves⁹². Neste contexto a doutrina clássica explica que só é pessoa humana personalizada aquela nascida com vida e, antes disso, trata-se de ente despersonalizado, mas titular de direitos fundamentais. Sobre este posicionamento, Fabio Ulhôa Coelho⁹³ leciona que

O homem e a mulher, enquanto se encontram em processo de gestação no útero materno (nascituros), são já *sujeitos de direito*, embora não sejam ainda *pessoas*. O art. 2º do CC estabelece que “a

91 ALMEIDA, Silmara J. A. Chionelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

92 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

93 Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil : parte geral**, volume 1— 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. P. 115.

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Isso significa que, antes do nascimento com vida, o homem e a mulher não têm personalidade, mas, como já titularizam os direitos postos a salvo pela lei, são sujeitos de direitos. Desse modo, falecendo o pai quando o filho já se encontrava em gestação no útero da mãe, o nascituro é sucessor, a menos que não venha a nascer com vida. A proteção que a lei confere ao nascituro tem importantes implicações. Na situação mencionada acima, se o falecido já possuísse outros filhos e o nascituro não tivesse os seus direitos postos a salvo desde a concepção, ele não seria considerado sucessor e deixaria de concorrer à herança. Seria, enfim, tratado de forma injustificadamente diversa da dos seus irmãos nascidos enquanto era ainda vivo o pai.

De forma complementar e didática, Sergio Semião afirma que a criança, enquanto embrião (intrauterino) não é pessoa humana, ao passo que nunca adquiriu nem foi sujeito de qualquer direito. Para o autor, a personalidade jurídica começa com a consumação do nascimento com vida e, durante o período de gestação, o embrião encontra-se em situação de que se deve aguardar o nascimento para que se estabeleça se tem ou não algum direito ou dever inerente à personalidade⁹⁴.

Assim, o que se extrai do conhecimento firmado é que o nascituro poderá ou não ter direitos e deveres inerentes à vida civil, sendo que o momento de confirmação destas condições jurídicas dependerá fundamentalmente da teoria de personalidade jurídica adotada, seja ela natalista, concepcionista subordinada à condição resolutiva ou concepcionista condicionada à condição suspensiva. Contudo, possui direito à vida, independentemente da teoria a ser aplicada pelo judiciário brasileiro.

Em cada caso, a configuração, a titularidade e o efetivo exercício de direitos e deveres por parte do nascituro, sobretudo aqueles relativos à esfera patrimonial, depende do início da personalidade jurídica e da capacidade de gozo e de exercício de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹⁴ SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os Direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 89.

O presente trabalho propôs o estudo da condição jurídica do nascituro no sistema legislativo brasileiro, abordando a personalidade de fato e de direito, além da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da titularidade de direitos, em razão da ausência de assentamento sobre o tema. Neste sentido, após a análise do tema, pode-se afirmar que o nascituro possui, por óbvio, direitos e deveres, sendo que pode ser considerado pessoa ou ente despersonalizado, a depender da teoria de nascimento adotada como marco para o início da personalidade jurídica.

Neste contexto, cada teoria apresenta um ponto de início da personalidade, com características próprias e momentos específicos para o início da personalidade jurídica e tal é em tal divergência que se encontra o cerne da discussão sobre a titularidade de direitos, tendo em vista que não há, no momento, assertiva de qual teoria deve ser adotada. Ora se adota uma, ora outra.

Fato é que, por força de Lei, qualquer das teorias analisadas convergem em afirmar que o nascituro possui direitos, sobretudo aqueles constitucionalmente estabelecidos e referentes à pessoa humana, tais como vida e dignidade. A discussão se concentra principalmente na possibilidade de exercício destes direitos, que se traduz nas capacidades de direito e de exercício.

O nascituro possui direito à vida, dignidade, à liberdade e também à propriedade, sendo que em termos patrimoniais o exercício do direito se condiciona, na maior parte das vezes, ao nascimento com vida, momento em que se efetiva o direito do feto, agora criança, ainda que o exercício de fato só ocorra com a maioridade ou emancipação civil, nos termos da Lei.

Conclui-se que não há teoria certa a ser adotada. Caso a caso, aplica-se as diferentes vertentes no intuito de se aproximar do ideal de justiça ao titular do direito. Lado outro, a dita incerteza e a ausência de posicionamento dos tribunais, de forma unânime e assentada, pode levar à insegurança jurídica, em razão das constantes alterações de interpretações e aplicações da Lei.

Neste sentido, portanto, são necessárias atualizações legislativas no sentido de aprimorar e complementar o texto legal, abrangendo e especificando a inteligência da Lei, de modo a aperfeiçoar o entendimento sobre quais direitos e deveres tem o nascituro. Até lá, espera-se a atuação ponderada e atenciosa do judiciário brasileiro no sentido de, em cada caso, promover a decisão que melhor buscar os ideais de justiça e igualdade entre as partes eventualmente litigantes.

REFERÊNCIAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**: Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos - Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002;

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva 2000.

_____. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. Scientia Iuris.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 1972.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em set. 2020.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em out. 2020

Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil : parte geral**, volume 1— 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

DA SILVA, Juliana Simão; MIRANDA, Fernando Silveira De Melo Plentz. **Dos Direitos do Nascituro**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 – 2011.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro/volume 1; teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 594 p.

_____. **Curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 7 v. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 3v.

Dicionário Michaelis. Disponível para consulta em
<<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=nascituro>> acesso em out. 2020

DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo silva. **O Nascituro: visão interdisciplinar**. São Paulo, Editora Atheneu, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral/ 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 561 p.

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito civil esquematizado**, volume 1. Organizador: Pedro Lenza. São Paulo : Saraiva, 2011. 849 p.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os Direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 89.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ, REsp 399.029-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, 15.4.2002, p. 232

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR A RESPONSABILIDADE CIVIL DE FORNECEDORES

DIEGO DOS SANTOS:

Bacharelado do curso de Direito pelo IESB - Instituto de Ensino Superior de Bauru.

RESUMO: Esse trabalho trata-se do Código de Defesa do Consumidor a Responsabilidade Civil dos Fornecedores em face do Código de Defesa do Consumidor, como meio de garantir a reparação do prejuízo causado à parte. Inicialmente, toma-se como base o estudo da Responsabilidade Civil em geral, analisando desde sua evolução histórica, conceituação, Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, e bem como desenvolvendo de uma análise atenta a função da Responsabilidade Civil na vida cotidiana. Após o estudo da Responsabilidade Civil no primeiro momento, passou-se ao estudo do Código de Defesa do Consumidor analisando o que vem a ser a Relação de Consumo existente entre as partes conceituado os seus principais sendo eles: fornecedor, consumidor, produto e serviço, e por último trata da Responsabilidade Civil dos Fornecedores em face ao Código de Defesa do Consumidor analisando a responsabilidade que traz pelo Código como regra geral de acordo de cada caso exposto pela legislação e a exceção a essa Responsabilidade de acordo com Artigo 14, parágrafo 4º, do Código em questão. Entanto, sempre que a aplicação da Responsabilidade Civil do Fornecedor seja motivo de discussões e dúvidas se caracteriza pela conduta do fornecedor, que sendo responsável, deverá agir em concordância com as normas estabelecidas pelo Código, sendo assim o fornecedor que atuar em desacordo com tais regras, seria responsabilizado pelas consequências morais e patrimoniais causados ao consumidor.

Palavras-chaves: Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade Civil. Consumidor.

ABSTRACT: The Consumer Protection Code is the Civil Liability of Suppliers in view of the Consumer Protection Code, as a means of guaranteeing the reparation of the damage caused to the party. Initially, it is based on the study of Civil Liability in general, analyzing since its historical evolution, conceptualization, subjective and objective Civil Liability, contractual and non-contractual, as well as developing an analysis attentive to the function of Civil Liability in everyday life. After the study of Civil Liability in the first moment, the Consumer Protection Code is analyzed, analyzing what is the existing Consumer Relationship between the conceptualized parties, the main ones being: supplier, consumer, product and service o third and last chapter deals with the Civil Liability of Suppliers in face of the Consumer Protection Code, analyzing the responsibility that the Code brings as a general rule according to each case exposed by law and the exception to that Liability in

accordance with Article 14, paragraph 4 ° of the Code in question. However, whenever the application of the Supplier's Liability is cause for discussions and doubts is characterized by the supplier's conduct, which being responsible, must act in accordance with the rules established by the Code, so the supplier acts in disagreement with such rules, undoubtedly be held responsible for the moral and patrimonial consequences caused to the consumer.

Keywords: Consumer Protection Code. Civil Responsibility. Consumer.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo o estudo do Código de Defesa do Consumidor traz a Responsabilidade Civil dos Fornecedores e especificadamente no que diz respeito a Responsabilidade Civil em Face do Código.

Esse tem reside a importância e as dificuldades encontradas pelo Consumidor, para que haja reparação dos danos causados pelos Fornecedores, e pelos os vícios existentes nos produtos ou serviços, ou até mesmo, nos defeitos resultam em graves acidentes de consumo.

2 Da Responsabilidade Civil

2.1 Noções Gerais

Para melhor discorrer sobre o tema proposto, é necessário apresentar algumas noções gerais acerca da Responsabilidade Civil.

O Código de Defesa do Consumidor da Responsabilidade Civil de Fornecedores traz a preocupação que a sociedade tem em relação aos prejuízos psíquico-físico causados pelos produtos e serviços fornecidos ao consumidor, bem como os maus profissionais que atuam na área da comercialização.

Responsabilidade Civil destes fornecedores está cada vez mais presente nos órgãos do poder judiciário, pois o procedimento tomado por esses tais profissionais reflete ainda mais na sociedade e na conduta humana que cada vez, necessita mais dos produtos e serviços fornecidos e prestados por eles.

Havendo assim, uma grande importância para a sociedade, e que despertou interesse em elaborar esta pesquisa referente a esse tema.

2.2 O Direito do Consumidor

O código de defesa do consumidor preocupa-se com a proteção à vida, saúde e segurança do consumidor e possui diversas normas protetivas contra os riscos

provocados por produtos ou serviços perigosos ou nocivos. Trata-se, pois de um direito básico do consumidor a proteção à vida, saúde e segurança.

À aplicação do Direito do Consumidor, faz-se necessário definir os termos **Consumidor, Fornecedor, Produto e Serviços**.

a) Consumidor

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o Art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Logo, considera-se consumidor, de acordo com os aspectos essenciais mencionados a seguir:

1) **Aspecto subjetivo**- Poderá ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, independente se brasileiro ou estrangeiro, eis que o dispositivo legal não faz quaisquer restrições;

2) **Aspecto objetivo**- O consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço;

3) **Aspecto teleológico** – Necessário que a aquisição do produto ou utilização do serviço seja na qualidade de destinatário final; A destinação final nada mais é que a aquisição do produto ou utilização do serviço sem o intuito de recolocação no mercado ou incremento no processo produtivo. A grosso modo, tem-se uma aquisição de um produto sem a intenção de com ele obter lucro.

b) Fornecedor

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, o Art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo, todo aquele que exerce atividade com intuito de lucro poderá ser considerado fornecedor, independentemente de estar com sua situação regularizada ou não.

“Quando a grande e a pequena indústria, a grande e a pequena loja, a grande fábrica de doces e a doceira que trabalha em casa, todos são considerados fornecedores pelo CDC, acaso trabalhem com o intuito de lucro”.(LAGES, 2014, pg. 29).

Enquadra-se como fornecedores, conforme cita em seu resumo, Maciel (2020) os entes despersonalizados (onde, a massa falida e o consórcio de empresas) eis que são sujeitos de direito. A massa falida pode ser demandada com base no CDC, por exemplo, caso ocorra um acidente de consumo envolvendo produtos ou serviços comercializados antes da decretação da falência.

c) Produto

Ainda conforme Código de Defesa do Consumidor, o Art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 no § 1º, “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Percebemos que a definição legal é bastante genérica, incluindo no conceito qualquer bem ainda que imaterial. Ocorre que, como vimos acima, para aplicação do CDC necessário que haja o intuito de lucro do fornecedor e, exatamente por isto, o produto deve revestir-se de onerosidade. É dizer: os bens recebidos a título gratuito não devem enquadrar-se, a princípio, na definição do CDC. Contudo, ao tratar especificamente dos produtos, o código não faz qualquer distinção quanto à remuneração.

Com a melhor interpretação dos dispositivos é a que abrange no conceito de produto as amostras grátis, os brindes e demais artifícios utilizados pelos fornecedores com o intuito de fidelizar ou ampliar sua clientela, independente da contraprestação paga pelos consumidores.

d) Serviços

Por fim, Código de Defesa do Consumidor, o Art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 no § 2º, define que:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Percebam que aqui o dispositivo fala que apenas os serviços fornecidos mediante remuneração estariam abarcados na definição de serviço. Contudo, a doutrina definiu que o termo remuneração previsto no dispositivo legal deve ser entendido no sentido genérico. Assim, ainda que o serviço seja prestado gratuitamente, mas com o preço

embutido em outro serviço ou produto, deve este ser considerado para efeitos de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A título de exemplo, deve ser aplicado o CDC (LAGES, 2014, pg. 30):

- 1- No estacionamento gratuito oferecido por lojas e centros comerciais;
- 2- Na instalação gratuita quando da aquisição de determinados produtos;
- 3- Nos serviços de manobrista, ainda que gratuitos;
- 4- Nos programas de milhagem oferecidos por cartões de crédito;

Neste caso, as hipóteses enquadram-se em relação de consumo, ainda que o serviço seja fornecido gratuitamente. Isto porque os serviços nada mais são que o reforço embutido na venda de outros produtos.

Súmula 130 – STJ - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Visando definir o destinatário final de mercadorias e serviços, é imprescindível explicar duas teorias: interpretação finalista e interpretação maximalista.

2.3 Teoria Finalista ou subjetiva

Para o Flávio Tartuce (2016, pg. 88), o artigo 2º, do CDC, adotou expressamente a teoria finalista ou subjetiva para a qualificação do consumidor. O consumidor deve ser, então, o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, em razão da expressão destinatário final constante no dispositivo. Neste sentido (TARTUCE, 2016, pg. 89):

1º. Destinação final fática – O consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2º. Destinação final econômica – O consumidor não utiliza o produto ou serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa. Assim, uma loja de roupas (pessoa jurídica) que adquire 20 (vinte) blusas de uma fábrica para revender não pode ser considerada consumidora desta mercadoria, eis que não a adquiriu como destinatária final. A aquisição das peças de roupas fora feita com o intuito de recolocá-las no mercado por um preço superior e, naturalmente, obter um lucro com a operação. Por outro lado, acaso esta mesma loja de roupas adquira uma televisão, é possível considerá-la consumidora nesta operação, eis que não há interesse da empresa em revender o equipamento, mas em

utilizá-lo na qualidade de destinatário final. Trata-se, pois, da aplicação prática da destinação final fática e econômica do produto ou serviço adquirido. Para Leandro Lages (2014, pg. 19), não basta ser o consumidor:

O destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção e levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem. Isso significa que não pode utilizá-lo profissionalmente, pois o bem continuaria sendo um instrumento de produção. Seu valor seria embutido no preço final do produto ou do serviço disponibilizado no mercado de consumo....

O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que última a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. A relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015)

2.4 Teoria Maximalista

Para a interpretação maximalista, o consumidor será tão somente o destinatário final fático do produto ou serviço, independentemente de dar ao produto uma destinação produtiva ou doméstica. Exemplo desta interpretação seria o reconhecimento da relação de consumo entre uma indústria de confecção que adquire produtos de limpeza para aplicar nas peças que fabrica. O Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possível injustiça cometida com a aplicação cega da teoria finalista, vem reconhecendo em determinadas hipóteses onde presente a vulnerabilidade (item estudado mais adiante) do adquirente do produto, a aplicabilidade do CDC:

A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade. (...) (AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016).

Como em algumas situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor. O STJ, inclusive, reconhece que Pessoa Jurídica

de Direito Público poderá ser considerado consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo.

Em algumas situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor.

O STJ entende que inclusive, reconhece que Pessoa Jurídica de Direito Público poderá ser considerado consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO DA ANEEL. ANÁLISE DE NORMAS CONTIDAS EM RESOLUÇÃO. INVIABILIDADE. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto. Neste caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, entretanto o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente a tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. (...)

3 conclusão

A relação comercial entre fornecedores e consumidores é um relação que precisa ser intermediada como faz o Código de Defesa do Consumidor. Como visto, é necessário, pois ao mesmo tempo em que empresas ou instituições de qualquer natureza existem com a finalidade de gerar lucro, pessoas físicas e jurídicas que se tornam consumidoras dessas instituições precisam ser resguardadas legalmente quanto ao consumo de produtos e serviços que não estejam em conformidade com como devem ser ou como são divulgados, resguardando os clientes de danos que podem ser irreparáveis.

4 Referencias

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 12 set. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm > Acesso em 20/11/2020.

MACIEL, Igor. Resumo Direito do Consumidor. Disponível em: < <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/09/29165243/Resumo-CDC.pdf> > Acesso em 25/10/2020.

TARTUCE, Flávio Manual de direito do consumidor (2016, pg. 88), o artigo 2º, do CDC. (TARTUCE, 2016, pg. 89):

LAGES, Leandro. Código de Defesa do Consumidor- A lei, a jurisprudência e o cotidiano (2014, pg. 19)

CDC Código de Defesa do Consumidor – A lei, a jurisprudência e o cotidiano (LAGES, 2014, pg. 29): (LAGES, 2014, pg. (30).

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/1686068/sumula-130-do-stj>

O TRABALHO AO LONGO DAS ERAS

DAIANA GOMES ALMEIDA: Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Mediação e Práticas Sistêmicas Restaurativas pela FACET. Pós-graduanda em Direito Previdenciário e em Psicanálise pela FACET. Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela UNIFOR. Ex-Promotora de Justiça do MP/CE. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela UNIFOR.

VANESSA BATISTA OLIVEIRA

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem por escopo trazer uma breve narrativa da evolução histórica do desenvolvimento do trabalho, desde a Era Pré-Histórica até os dias atuais. Com base no método bibliográfico e documental, compila, de forma sucinta, as principais características do trabalho nas Revoluções Industriais e as implicações de ordem econômica e trabalhista dos sistemas e meios de produção, bem como seus impactos na vida dos trabalhadores e de toda a sociedade em cada período. Aborda, por fim, o mundo do trabalho no momento presente, o qual se consubstancia na Revolução 4.0 e, ainda, no que está por vir para a humanidade, a partir da Revolução 5.0, concluindo pela essencialidade do trabalho e do capital em toda a história do ser humano e a necessidade de compreender esses institutos, não como fontes de tensão, mas como elementos integrados.

Palavras-Chave: Trabalho; Revolução Industrial; Tecnologia; Digital.

ABSTRACT: This study highlights the historical evolution of labor development, from the Prehistoric Era to the modern-day. Based on the bibliographical and documental method, it succinctly compiles the main characteristics of labor in the Industrial Revolutions and the economic and labor implications of the systems and means of production, as well as their impact on the lives of workers and society in each period. Finally, it addresses the world of labor at the present-day, which is embodied in Revolution 4.0 and on what is coming for humanity, as of Revolution 5.0. In conclusion, labor and capital are seen as essential throughout the history of the human being, and it is necessary to understand these

institutes, not as sources of tension, but as integrated elements.

Keywords: Labor; Revolution; Industrial; Technology; Digital.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O TRABALHO DA PRÉ-HISTÓRIA A SEGUNDA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. 2 O TRABALHO NA TERCEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL (REVOLUÇÃO DIGITAL). 3 O TRABALHO NO TEMPO ATUAL: REVOLUÇÃO. 4 PARA O FUTURO: SOCIEDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Uma pergunta que percorre a mente da humanidade é a seguinte: se Deus é o criador de tudo, o que Ele criou primeiro? Segundo Gênesis, 1:1: "no princípio, Deus criou os céus e a terra". Aprofundando a interpretação desta célebre afirmação, contida em um dos livros mais populares do mundo, Deus teria criado primeiro o tempo, pois, sem este, não haveria como saber o que veio primeiro ou depois, ou seja, não se saberia a ordem dos acontecimentos.

Toma-se por início esta passagem bíblica, sem qualquer pretensão de crença ou cunho religioso, mas tão somente para chamar atenção para um outro questionamento extremamente relevante. E o trabalho? Desde quando surgiu o trabalho? Qual a ordem dos acontecimentos relativos ao trabalho e qual sua importância na vida do ser humano?

Esta também é uma das indagações que nos permeia, visto que o trabalho acompanha a existência humana, conceituando-se e ressignificando-se ao longo dos tempos, seja como recurso de sobrevivência, seja como uma espécie de amarra ou como instrumento de satisfação.

1 O MUNDO DO TRABALHO: DA PRÉ-HISTÓRIA À SEGUNDA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

De fato, o trabalho é um elemento intrínseco da trajetória do ser humano. Na Pré-História, quando o homem nômade começou a produzir e usar as primeiras ferramentas feitas de ossos, pedras e marfim, com o fim de caçar, confeccionar suas vestimentas e preparar seus alimentos, para, assim, sobreviver, aprimorando-as após a descoberta do fogo. Mais tarde, passando a desenvolver a agricultura, considerada como trabalho primitivo, o que foi possibilitando a sua sedentarização.

Note-se que, mesmo na era primitiva, quando o homem passou a desenvolver técnicas para facilitar suas atividades e melhor prover sua subsistência, na verdade, estava construindo o mundo ao seu redor, por meio dos objetos, modos de atuação e costumes. Ressalte-se a diferença do ser humano para os outros animais: enquanto os animais irracionais produzem apenas por instinto, o homem produz com intenção e significado específicos, organizando racionalmente o trabalho.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2016, p. 45 e 46):

O trabalho é uma atividade humana que pressupõe esforço físico e mental. Do ponto de vista **filosófico**, vem sendo conceituado como “uma atividade consciente e voluntária do homem, dependente de um esforço” ou como “a obra moral de um homem moral”; já sob o prisma **econômico**, o trabalho é considerado como “toda energia humana empregada, tendo em vista um escopo produtivo. Finalmente, sob o aspecto jurídico, ele é encarado como “objeto de uma prestação devida ou realizada por um sujeito em favor do outro” e, mais precisamente do ponto de vista **jurídico trabalhista**, o trabalho é uma prestação de serviço não eventual, subordinada e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador (grifos do autor).

Na Idade Antiga, o trabalho passou do caráter de sobrevivência rudimentar e unipessoal para assumir um cunho predominantemente escravagista. Em civilizações como Egito, Grécia e Roma, prisioneiros de guerra eram escravizados e submetidos à condição de trabalho compulsório, intenso e não remunerado, sem qualquer liberdade.

Na Idade Média, com o surgimento do feudalismo na Europa Ocidental, predominou a servidão. As terras eram divididas em feudos e a sociedade era composta de três camadas sociais rígidas ou estamentos: clero, nobreza e camponesato. Os donos de terras eram chamados de senhores feudais e faziam parte da nobreza, os camponeses, por outro lado, eram seus servos e exerciam um trabalho compulsório, em troca de permanecerem nas terras do seu senhor para cultivá-las, a fim de sobreviverem, sem qualquer chance de mobilidade e ascensão social por toda a vida, ou seja, quem nascia servo, morria servo.

Tanto nas sociedades escravagistas gregas e romanas da Idade Antiga, como na aristocracia feudal da Idade Média, o ócio — entendido não propriamente como o ato de não fazer nada, mas como o tempo livre na antiguidade, para não trabalhar e poder dedicar-se ao conhecimento e à contemplação ou o ócio cavalheiresco medieval, para diversão e exibicionismo — era considerado um verdadeiro *status* social das classes nobres e dominadoras (MARTINS, p. 35-37). Já o trabalho era tido como desonroso e, portanto, ficava destinado aos escravos e servos.

Como bem esclarece Marilena Chauí (1999, p. 11), “em grego, ócio se diz *scholé*, de onde vem nossa palavra 'escola'. Para os antigos, só era possível dedicar-se à atividade do conhecimento se não se estivesse escravizado pela obrigação de trabalhar.”

Não é à toa que, diante desses modos históricos de relacionar o labor a esforço,

castigo, penitência ou sacrifício, o termo “trabalho” se origina do latim *tripalium*, que consistia em um instrumento romano de tortura, feito de três paus, derivado de *palus*, tais como estacas, utilizadas para empalar, supliciando escravos e presos (TRABALHO, [20??]).

Corroborando essa noção, o referencial religioso, de tradição bíblica, relatado em Gênesis, 3:19, colocava o trabalho nessa posição de castigo, ao tratar da expulsão de Adão do paraíso e sua condenação ao trabalho para ganhar o pão de cada dia: “tu comerás o teu pão, com o suor do teu rosto, até que voltes à terra, visto que dela foste tirado; porque és pó e ao pó voltarás” (BÍBLIA, 2015, p. 27).

Com o movimento Renascentista, no Século XVI, de revalorização da racionalidade, da ciência e da natureza, destacados na antiguidade clássica, inaugurou-se a Idade Moderna e, assim, a vida medieval, que agonizava a sociedade, começou a entrar em franca decadência. Houve, então, a transição do feudalismo para o capitalismo, o homem como o centro da Criação e o conseqüente abrandamento do misticismo e do dogmatismo religioso.

A partir daí, a concepção do trabalho ganhou uma importante ressignificação; saiu da esfera de castigo divino para plena virtude, passando a ser exaltado e valorizado, como fonte de dignidade do ser humano (SOUSA, 2019).

Na esteira desta remodelação de pensamento, reformulou-se o conceito do ócio. Antes tido como virtude, tornou-se mal visto, entendido como vício, motivo de vergonha e desperdício de tempo, caso não fosse decorrente de recompensa pelo tempo de trabalho. Em contrapartida, o trabalho passou a ser sinônimo de meio de esforço digno e necessário para a realização pessoal, para o acúmulo de bens e para a melhoria da qualidade de vida, não só progresso individual, como geral, em colaboração com a coletividade (ABREU; ALMEIDA, 2016).

Todo esse cenário de exaltação do trabalho, somado ao processo de transição da produção manufatureira e artesanal, para a fabricação com o uso de máquinas e ferramentas a vapor, deu ensejo à ascensão do capitalismo e à Primeira Revolução Industrial (1760-1860)⁹⁵, que se originou na Inglaterra. Consistiu na primeira fase do processo de transformação das indústrias e impulsionou um forte crescimento econômico-capitalista.

Esse crescimento foi considerado o mais importante na história da humanidade, desde a domesticação de animais e a agricultura, notadamente por ter mudado o modo

⁹⁵ Apesar de o termo “Revolução” passar uma ideia de movimento de transformação abrupta, vale esclarecer que em se tratando das Revoluções Industriais, deve-se compreender que, na verdade, tratam-se de processos graduais de mudança e, sob o ponto de vista histórico, que se processam em ritmo relativamente lento e, não necessariamente, uniformes em todos os países, ao longo de anos.

de produção das mercadorias, com o domínio do homem sobre novas formas de energia aplicadas à produção. Isso gerou um novo modo de organização da força de trabalho e da relação entre o capital e o trabalho, bem como um crescente progresso tecnológico e um inicial aumento no padrão econômico de vida das pessoas comuns, não antes experimentado.

Assim, com o avanço tecnológico intenso e o desenvolvimento de barcos a vapor, navios, ferrovias e fabricações em larga escala de mais indústrias de energia movidas a vapor, que se expandiu para outros países, a Primeira Revolução Industrial evoluiu para a Segunda Revolução Industrial (1860 a 1945). A utilização do petróleo e a invenção da eletricidade por Thomas Edison alavancaram sobremaneira o desenvolvimento industrial e tecnológico.

Foi nessa época, mais precisamente em 1914, que, com base no taylorismo⁹⁶, surgiu o fordismo: um sistema de produção, criado pelo empresário estadunidense Henry Ford para sua indústria automobilística. Posteriormente, a partir do século XX, este modelo passou a ser utilizado por indústrias no mundo todo.

Na criação de seu sistema de produção, Ford manteve os princípios de Taylor, com o serviço fragmentado em tarefas e a produção em série (produtos iguais), porém, o diferencial se deu quando Ford objetivou a produção em massa, ou seja, em quantidades maiores, com o mínimo de tempo gasto e a custo baixo, para fins de estimular a formação de uma sociedade de consumo em massa e, conseqüentemente, propiciar a obtenção de maior lucro empresarial. Para tanto, criou sua grande inovação: a esteira de produção. Assim, embora sedimentado nessas bases tayloristas, Ford conseguiu elaborar um sistema de produção próprio e bem mais produtivo (GODWIN, 2017).

Nesse cenário, a linha de montagem tornava-se muito mais eficiente, já que os produtos transitavam por toda a fábrica, permitindo que os trabalhadores executassem seu fragmento de tarefa sem saírem do lugar e, portanto, sem precisarem perder tempo de jornada com deslocamentos para ir buscar ou deixar o produto até o trabalhador seguinte. Com o produto rolando sobre a esteira, as máquinas iam imprimindo o ritmo de realização de tarefa a cada um dos trabalhadores.

Em mais uma inovação, Ford reduziu a jornada de trabalho dos trabalhadores de sua

⁹⁶ Modo de organização do processo produtivo, também conhecido como gerenciamento científico, criado por Frederick Winslow Taylor (1856-1915), no final do século XIX, que visava a otimizar as tarefas desempenhadas nas empresas e aumentar a produtividade em menor tempo possível, basicamente por meio da padronização do trabalho, intensificação da divisão do trabalho e supervisão do trabalho pelos gerentes (HARVEY, 2008).

empresa para oito horas diárias e lhes aumentou o salário (GODWIN, 2017). Com isso, pode se concluir que Ford repassou, para a classe operária, parte do tempo e da economia de custos obtidos por meio da eficiência de seu método de produção. Assim, de modo incomum, os funcionários trabalhavam menos e sem redução salarial, com aumento de salário; ganhando mais em dinheiro e em tempo (GODWIN, 2017).

Ford percebeu que a produtividade em massa só geraria lucro se houvesse consumidores com renda suficiente para consumir. Essa renda decorria, eminentemente, do trabalho desempenhado pelos consumidores, ou seja, estava tudo interligado: os trabalhadores também eram consumidores. Sendo assim:

Ford era um defensor da seguinte ideia: com uma jornada menor e mais bem remunerado, o trabalhador será mais produtivo. Além disso, teria mais tempo livre para consumir – o que é fundamental para o funcionamento de uma economia capitalista. Portanto, Henry Ford enxergava seus operários como potenciais consumidores, e entendia que não havia lógica em pagar tão mal a eles. Não se tratava de caridade, mas sim de uma estratégia para lucrar mais (MODELOS..., [202?], *online*).

Outra especificidade fordista era a de gerar maior produção em menos tempo. Ford defendia que era preciso não diversificar os produtos, pois a variedade destes demandaria mais tempo de produção e mais gasto com insumos e matéria-prima, aumentando, assim, o custo final do produto e reduzindo o lucro, tanto que uma das frases mais célebres de Henry Ford é a seguinte: "O cliente pode ter o carro da cor que quiser, contanto que seja preto" (PAULO FILHO, 2015, *online*).

Como se vê, pode-se constatar o fordismo como um aprimoramento do taylorismo, com ideias próprias e inovadoras, mas sem o abandono das ideias tayloristas.

Embora se tenha cogitado que este crescente desenvolvimento industrial fosse propiciar um aumento de tempo livre para as classes sociais, o equívoco logo veio à tona. Infelizmente, as demais empresas copiaram somente as partes lucrativas do método fordista, mas não repassaram aos seus trabalhadores as vantagens compensatórias que o fordismo previa, quais sejam, redução de jornada combinada com aumento de salários.

Somado a isso, como a linha de montagem fordista era automatizada, com esteiras rolantes, cada operário realizava apenas uma pequena etapa da produção e, portanto, não precisava de quase nenhuma qualificação profissional para a execução do serviço. Dessa forma, mais enfraquecido intelectualmente, o trabalhador tornava-se mais suscetível à substituição e à exploração.

Esse problema estrutural acabou desencadeando uma desenfreada e desumana exploração da força de trabalho da classe operária, por parte da burguesia industrial, detentora dos meios de produção (MODELOS..., [202?]).

No auge da Segunda Revolução Industrial, o trabalhador foi se distanciando do resultado final do produto, pois ficava encarregado de operar somente em uma parte dele, dentro de uma linha de produção, o que lhe gerava uma sensação de alienação de seu propósito como profissional (LAZZARATO; NEGRI, 2001). Essa condição alienada se reforçava ainda mais pelo fato de o trabalhador também haver perdido o controle sobre seu próprio trabalho, já que as máquinas ditavam o ritmo e o modo com que ele, ser humano, passaria a atuar, como se peça de uma engrenagem fosse.

Com efeito, em que pesem certas vantagens do sistema fordista na esfera econômica, em termos de produtividade em escala e redução de custos; não há como negar que tal modelo de produção posicionou o trabalhador como um profissional desqualificado. Não era, assim, estimulado a pensar, mas apenas a executar um segmento da fabricação do produto, de forma extenuante e mecanizada, atuando como um simples apêndice no processo produtivo.

A nobre tarefa de usar o intelecto, inerente à essência de todo ser humano, na realidade, ficava intrinsecamente reservada a poucos profissionais de alto escalão, responsáveis pelo planejamento e pela gerência da linha de produção no chão de fábrica (LAZZARATO; NEGRI, 2001; RIFKIN, 1995).

Essa dissociação, típica dos modelos taylorista e fordista, entre o trabalho intelectual de concepção e o trabalho manual de execução dos produtos, antes organicamente integrados na era artesanal, acabou ocasionando uma acentuada divisão entre gerentes. Estes usavam a inteligência da massa de trabalhadores que executavam, de forma mecânica e repetitiva, uma faceta da produção, provocando desgastes de ordem existencial nesta classe operária (LAZZARATO; NEGRI, 2001). Como se não bastasse, a exploração do trabalho foi se mostrando sob várias condições adversas.

Como se não bastasse, a exploração do trabalho foi se mostrando sob várias condições adversas. Os salários foram sendo reduzidos desproporcionalmente ao tempo de trabalho despendido e as condições de trabalho ficando desumanas. Fábricas quentes, escuras e abafadas. Jornadas extenuantes, que chegavam a atingir até 16 (dezesesseis) horas diárias, sem tempo livre para efetivo descanso, lazer e convívio familiar, senão para tentar recuperar as forças para a próxima jornada.

Relógios não eram permitidos aos trabalhadores, mas só aos supervisores, que controlavam todo o tempo de serviço e avisavam a hora de término do trabalho. Também

havia dores articulares, doenças por movimentos repetitivos e problemas respiratórios da poluição do maquinário e até graves acidentes de trabalho que deixavam trabalhadores incapacitados para o resto da vida, sem qualquer reparação e tampouco medidas preventivas futuras (HARVEY, 2008).

Ademais, havia a exploração do trabalho infantil, de crianças de 6 (seis) anos de idade em diante, que além de submissas, eram submetidas a salários mais baixos (SILVA, 2021). Mulheres recebiam um terço do salário de um homem pelo mesmo serviço prestado (SILVA, 2021). Os operários também eram tratados com violência e punidos com castigos físicos por chefes ou capatazes (SILVA, 2021).

Toda essa exploração capitalista ensejou, do final do século XIX ao início do século XX, um estado geral de insuportabilidade da classe trabalhadora, que a partir daí se viu na necessidade de imprimir lutas sociais, por meio de greves e outros movimentos operários, na busca de legislações regulamentadoras de novas condições de trabalho, em prol da construção de uma nova sociedade. Estas lutas árduas galgaram conquistas de diversos direitos trabalhistas, que formaram a teia de proteção social de que hoje dispomos, indispensável ao desenvolvimento econômico em harmonia à dignidade da pessoa humana.

A título de exemplo, uma das lutas mais marcantes dessa época consistiu na primeira greve geral da história do Brasil, ocorrida em São Paulo, durante a Primeira Guerra Mundial, em julho de 1917. Foi promovida por organizações de operários, aliados a parte da imprensa, paralisando a indústria e o comércio brasileiros por trinta dias, em prol da reivindicação por redução de jornada e melhoria de salários e condições de trabalho.

Enquanto as lutas de classes seguiam na busca de equilíbrio entre capital e trabalho, os avanços tecnológicos também aceleravam, sem solução de continuidade, impulsionados não só pela busca natural do ser humano por evolução científica, mas também pela corrida armamentista desde o pós-Primeira Guerra Mundial.

Em meio a esse cenário, os baixos salários dos trabalhadores iam retirando-lhes cada vez mais o poder de compra, o que ocasionou um preocupante subconsumo na economia. Mesmo observando a redução das vendas e os estoques encalhando, os empresários mantiveram a produção em alta, porque, movidos pelo pensamento liberal da mão invisível do mercado⁹⁷, acreditavam que o próprio mercado teria a capacidade de se autorregular, sem qualquer intervenção do Estado. Entretanto, isso não ocorreu.

A bolsa de Nova York quebrou, bancos e empresas entraram em falência e um longo

⁹⁷ Mão invisível é um conceito criado pelo filósofo e economista Adam Smith, em seu livro *A Riqueza das Nações*, publicado em 1776. Segundo o conceito da mão invisível, o mercado livre se autorregularia, sem a necessidade da intervenção do Estado.

período de recessão, que se originou nos Estados Unidos, tomou conta de quase todo o mundo ocidental: era a Crise de 1929, no sistema capitalista, também conhecida como “A Grande Depressão”. Com a economia desorganizada, a produção industrial entrou em queda e, conseqüentemente, o preço dos produtos agrícolas caiu. Países como Brasil, México e Argentina destruíram estoques para tentarem sustentar os preços no mercado mundial.

A onda de desemprego se espalhou e se aprofundou em taxas astronômicas. Foram estimados 10 (dez) milhões em 1929 e, pelo menos, 30 (trinta) milhões de desempregados em 1932 (MODELOS..., [202?]). Sem empregos, não havia renda. Sem renda na mão daqueles que poderiam funcionar como consumidores, quais sejam, os trabalhadores, não havia demanda e, muito menos, consumo. Sem demanda não havia produção, o que, por sua vez, não gerava empregos (MODELOS..., [202?]).

Assim, a economia e o trabalho entraram em um ciclo vicioso de profunda depressão mundial, com a crise alimentando-se do seu próprio mal. É interessante ressaltar que:

[...] no início da Grande Depressão, Ford chegou a aumentar os salários de seus trabalhadores, para que eles consumissem mais. Porém, sua estratégia não funcionou, e foi preciso demitir funcionários e cortar salários. Em parte, isso ocorreu porque a Ford era uma das poucas empresas que remunerava bem seus funcionários. As demais empresas copiaram rapidamente as ideias de Ford em relação à sua esteira de produção, à produção em massa e em série. Porém, poucas foram as fábricas que “copiaram” as ideias de Ford quanto a remunerar melhor seus funcionários para que eles pudessem se tornar consumidores. Logo, naquele momento, a estratégia isolada de Henry Ford não foi capaz de formar um mercado consumidor interno suficientemente grande nos Estados Unidos (MODELOS..., [202?], *online*).

Nesse contexto, os preceitos liberais e a teoria da mão invisível não foram suficientes para promoverem a autorregulação do mercado nos tempos de depressão econômica. Foi preciso haver, então, uma intervenção estatal na economia para acabar com a crise.

Destarte, para sair da crise, a partir de 1933, o presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, substituiu o modelo econômico liberal pelo Keynesianismo, mediante a atuação do Estado na economia, pondo fim à crise. Criou-se o *New Deal*, que estabeleceu uma série de programas de controle das indústrias nos Estados Unidos, entre os anos de 1933 e 1937, para que não houvesse novas depressões entre o capital e o trabalho. Exigiu-se a valorização dos trabalhadores, com o pagamento de salários dignos para torná-los

consumidores capazes de fazerem a economia girar e impedir que estes retornassem à exploração de suas forças de trabalho.

Conjuntamente a essas medidas, o Governo Estatal passou a assegurar garantias de educação, saúde e outros serviços públicos essenciais ao trabalhador. Estava nascendo, assim, o Estado Keynesiano, mais conhecido como *Welfare Estate*, o Estado do Bem-estar Social.

A crise de 1929 representou o abalo no liberalismo econômico e, juntamente ao advento da doutrina político-econômica Keynesiana, trouxe, para a história do capitalismo, uma lição concreta de que os princípios do liberalismo econômico nem sempre são capazes de equilibrar as relações de economia, capital e trabalho, pois a liberdade total e irrestrita de um setor da sociedade pode suplantar outro setor.

Pode-se concluir que, naquele cenário, a política Keynesiana funcionou como uma verdadeira revisão da teoria liberal, para que se passasse a adotar a compreensão de que o Estado deveria intervir na economia, sempre que fosse necessário, a fim de evitar a retração econômica e garantir o pleno emprego.

Por certo, o Keynesianismo e as ações do *New Deal* viabilizaram a própria continuidade do modelo fordista, desta vez em toda sua essência, além de terem recuperado a economia capitalista, que voltou a crescer, proporcionando melhoria na qualidade de vida de grande parte da população. Mais tarde, no período pós-Segunda Guerra Mundial (1950-1960), com a constituição de filiais de empresas multinacionais norte-americanas em vários países, surgiram os anos de grande prosperidade e crescimento capitalista, os chamados "Anos Dourados" do capitalismo, em que a economia foi impulsionada pelo capital estrangeiro, devido ao crescente processo de internacionalização industrial.

2 O TRABALHO NA TERCEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL (REVOLUÇÃO DIGITAL)

A terceira etapa do processo de transformação econômica foi marcada, dentre outras mudanças, pela implementação da Internet. Substituiu-se, gradualmente, a tecnologia analógica pela digital.

Iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do século XX, entre as décadas de 1950 e 1970. O desenvolvimento tecnológico começou a atingir um patamar mais sofisticado, com o avanço da alta tecnologia (*high-tech*), ou tecnologia de ponta, inaugurando, assim, o período histórico da Terceira Revolução Industrial, mais conhecido como Revolução Técnico-Científica-Informacional ou Revolução Digital.

No final da década de 1960 e com as Crises do Petróleo (1973 e 1979), o fordismo, que envolvia gasto de energia e matéria-prima com sua filosofia de superprodução, entrou

em forte declínio no momento de alta do valor do combustível (PEDROSO, 2013). Foi necessário implementar-se o uso de soluções tecnológicas e de outro modelo de produção e gestão industriais.

Assim, o fordismo perdeu espaço para o toyotismo, um sistema flexível de produção, de origem nipônica, desenvolvido como contraponto à rigidez fordista (PEDROSO, 2013). Este modelo anterior não apresentava mais respostas à competitividade dos produtos japoneses concebidos pelo sistema toyotista. Com o desenvolvimento dos transportes e das telecomunicações, somado aos investimentos dos países desenvolvidos, o modelo produtivo toyotista, antes restrito ao Japão, logo se difundiu pelo mundo (PEDROSO, 2013).

O Toyotismo surgiu como um sistema de produção e gestão, desenvolvido pioneiramente pelo executivo Taiichi Ohno para a montadora Toyota, entre os anos de 1947 e 1975, que deu origem à filosofia *lean*, focada no aumento da produtividade e eficiência, bem como na redução de sete tipos de desperdícios (PEDROSO, 2013). São eles: produção em excesso, tempo de espera, estoque, gargalos de transporte, inventário e outros processamentos desnecessários, excesso de movimentação ou manobras no chão de fábricas, e erros para correção por retrabalho (PEDROSO, 2013).

Constituiu-se sob as seguintes filosofias basilares: trabalho em equipe e de cooperação, melhoramento contínuo, flexibilização da produção, acumulação flexível, *lean manufacturing*, produção *just in time*, *kanban* e *heijunka*.

A primeira filosofia toyotista baseia-se na ideia central de trabalho em equipe, responsável por si mesma, organizada de forma horizontalizada, composta de trabalhadores polivalentes e multifuncionais, capazes de se autocontrolarem e planejarem o trabalho, objetivando um melhor acabamento do produto (PEDROSO, 2013). O melhoramento contínuo visa ao constante aperfeiçoamento dos produtos, com a realização continuada de pequenas modificações, por vezes sugeridas pelo próprio trabalhador (PEDROSO, 2013).

A diversificação dos produtos fabricados, chamada de flexibilização da produção, trata-se de uma medida voltada a tornar o consumidor mais atraído a adquirir as variedades do mercado, diferentemente da tendência fordista, que já estava deixando o mercado consumidor saturado da falta de variação dos produtos fabricados (PEDROSO, 2013).

Já o *lean manufacturing*, que significa “manufatura enxuta”, consistia em uma filosofia de gestão, com vistas a realizar uma produção enxuta, sem estoques desnecessários e com a menor quantidade de recursos possíveis (WOMACK; JONES; ROOS, 1992).

De forma oposta ao taylorismo, o *just in time*, característico do toyotismo, caracteriza-se por ser um sistema de produção que se fundamenta na seguinte ideia: para reduzir estoques e custos, tudo deve ser produzido, transportado, comprado e entregue na hora certa, devendo o produto ou matéria-prima chegar ao local necessário, para seu uso ou venda, somente sob demanda e no momento exato em que for necessário (HARVEY, 2008).

Kanban, de forma literal, significa “cartão” ou “sinalização”, tipo *post-it*, utilizado para indicar o andamento dos fluxos de produção em empresas de fabricação em série (CASTELLS, 1999). Por exemplo, as sinalizações “para executar”, “em andamento” ou “finalizado”, permitem, assim, um controle detalhado sobre quando, quanto e o que produzir, sem a necessidade de repetir checagem de tarefas a executar. Esta prática está intimamente ligada ao conceito *just in time*.

Heijunka, em uma tradução rápida, é uma palavra japonesa que significa “nivelamento” e está relacionada a uma programação nivelada da produção, mediante o sequenciamento dos pedidos, permitindo a combinação de itens diferentes, de forma a garantir um fluxo contínuo de produção, nivelando também a demanda dos recursos de produção (LIKER, 2005).

Como se percebe, ao invés de despender altos custos com matéria-prima para produção em massa, o sistema toyotista primava pela mínima produção, somente por demanda, sem estoques e, conseqüentemente, com menos gastos com mão de obra, grandes fábricas e encargos.

Com a desnecessidade de instalação de grandes áreas industriais, aliada à crescente velocidade de transmissão e compartilhamento de informação pelas infovias e ao avanço no transporte de matérias-primas, produtos e indivíduos, em uma lógica capitalista, as empresas começaram a descentralizar os locais das fábricas, trocando os grandes e concentrados distritos industriais do fordismo por novas localidades, com menor custo, menos congestionamento, mão de obra barata, descentralizada e menos sindicalizada. Este fenômeno de inversão geográfica foi conhecido como “deseconomia de aglomeração”.

A partir da desconcentração das fábricas, as diversas etapas da produção industrial e os setores de alta tecnologia das empresas puderam ser fragmentados por todo o mundo, conforme as vantagens apresentadas. Na busca por mão-de-obra de alta qualificação, as empresas passaram a instalar os setores de alta tecnologia em tecnopólos e locais com redes de telecomunicações de alta qualidade. Já os setores produtivos foram instalados nos locais com melhores incentivos fiscais, leis trabalhistas e ambientais flexíveis e menores

custos de instalação e mão-de-obra treinada, mas de custo baixo⁹⁸.

Outro ponto que também chamou atenção foi o surgimento da terceirização, triangularizando — quaternalizando, ou até mais — as relações de trabalho. De fato, com a desconcentração da produção, as empresas focaram mais detidamente na atividade-fim, passando a contratar outras empresas para executarem as atividades-meio, as terceirizadas.

19

Com base nessa dinâmica, as empresas com produção industrial flexibilizada, descentralizada, fragmentada, transnacionalizada foram se tornando cada vez mais predominantes no mercado mundial e globalizado. Por via de consequência, começaram a conduzir os governos keynesianos, do Bem-Estar Social, a se transformarem em neoliberais, reduzindo a intervenção Estatal na economia e nas relações de trabalho, para não correrem o risco de perderem fábricas para outros países.

A partir desse cenário, portanto, inaugurou-se o neoliberalismo econômico no contexto global. Cumpre destacar, entretanto, os dilemas decorrentes da dicotomia entre os interesses do capital e as necessidades do trabalho.

Sob esse enfoque, as transformações toyotistas, alavancadas pelo avanço tecnológico da Terceira Revolução Industrial transmutaram a economia capitalista de superprodução *versus* subconsumo para uma economia de produtividade proporcional à demanda de mercado. Evitou se, assim, que nova crise econômica de grandes proporções se desencadeasse e atingisse o mundo empresarial.

Por outro lado, se as empresas se beneficiaram das inovações toyotistas, o mesmo não se podia dizer em relação à massa de trabalhadores, haja vista que a automação da produção acabou funcionando como um dos principais fatores para o desemprego

⁹⁸ A propósito, essa dinâmica de distribuição das fábricas deu ensejo ao *Global Sourcing*, atual estratégia empresarial de terceirização de partes da produção, por meio da aquisição de bens e serviços de outros países, onde existam fatores economicamente mais vantajosos para a empresa contratante, tais como alta produtividade, com baixos custos de produção, decorrentes de salários muito baixos à classe trabalhadora desses outros países (PINTO, 2012). O dilema dessa prática globalizada é que, por um lado, esta tende a gerar ganhos à empresa que contrata, mas, por outro, acarreta perda de empregos no país de origem e, conseqüentemente, piora nos padrões de vida da população, além de redução da competitividade nacional, sem contar a possibilidade de indiferença e falta de compromisso da empresa multinacional ao respeito, por parte da empresa terceirizada, às garantias de proteção trabalhista, social e ambiental com que foi produzido ou prestado aquele bem ou serviço correspondente à parte da produção contratada, por meio de tal modalidade de terceirização.

estrutural, à medida que a mão de obra humana era substituída pela robotizada, reduzindo drasticamente a necessidade de contratação de trabalhadores, que se viram, portanto, desempregados.

Assim, junto à flexibilização da produção e globalização industrial, adveio a flexibilização das relações de trabalho. É que, na lógica capitalista, só havia um jeito de conter o risco de colapso industrial da era fordista, decorrente do encalhe da produção pela baixa no consumo: reduzir os custos com os trabalhadores, para manter os lucros, inclusive diminuindo o patamar de seus salários, conquistados com o fordismo.

Além disso, os trabalhadores não muito qualificados, especializados em uma única tarefa ou que, por diversos obstáculos econômicos, sociais e políticos, não conseguiram se qualificar para as novas necessidades tecnológicas do mercado, acabaram sendo descartados e substituídos por outros mais qualificados e multifuncionais. Caíram, desse modo, na vala do desemprego ou, quando muito, foram realocados em subempregos, submetidos a precárias condições de trabalho, com exploração de mão-de-obra e supressão de garantias trabalhistas.

Importante notar que a exigência do mercado por mão-de-obra qualificada e multifuncional também era mais uma medida utilizada para flexibilizar as relações de trabalho. Com o processo de automação da produção, as empresas, que já não mais precisavam contratar uma grande quantidade de empregados, passaram a escolher os mais qualificados, exigindo-lhes requisitos para executarem uma multiplicidade de tarefas e oferecendo-lhes menores salários. Desse modo, até mesmo os trabalhadores mais qualificados, inseridos nesse novo mercado, também sofreram perdas de conquistas trabalhistas adquiridas na era fordista.

Com efeito, na era fordista, a grande necessidade de força de trabalho humano ensejou a chamada sociedade do pleno emprego, cujos trabalhadores detinham elevado padrão salarial e maior poder de negociação e organização em sindicatos; na era pós-fordista, a redução do consumo em massa desencadeou a redução da produção e dos custos com os trabalhadores, gerando precarização do emprego, com baixos salários, classe trabalhadora dispersa e sem força sindical.

Nesse cenário neoliberal e de crescimento tecnológico, também se desenvolveu um outro modelo de produção industrial de origem sueca: o volvismo. Este modelo caracteriza-se pelo uso de tecnologia de ponta, com alto grau de automação e experimentação, bem como pela primazia por segurança e perfeição do produto, pela forte participação dos sindicatos e por uma profunda cultura de valorização de seus trabalhadores (APOLINÁRIO, 2015). Ocupou uma posição diferente daquela relacionada aos operários do fordismo e mais importante do que a dos trabalhadores do toyotismo, já que integrados ao sistema e detentores do conhecimento de todas as etapas da

produção e de auxílios sociais subsidiados pela empresa (APOLINÁRIO, 2015).

Certamente, na Primeira e Segunda Revoluções Industriais, as indústrias buscavam profissionais desqualificados e alienados da totalidade do processo produtivo, executores de pequenos segmentos da confecção do produto⁹⁹, mediante movimentos mecanizados e repetitivos. Eram meros apêndices dos maquinários, com jornadas e sistema de trabalho rígidos, justamente para viabilizarem produções de grande quantidade de um único modelo de produto, em larga escala, com baixo custo e, na maior parte das empresas, com baixos salários; na Terceira Revolução Industrial, ao contrário, despertou-se para a necessidade crescente de busca

O contexto histórico dessa supervalorização do crescimento técnico, científico e tecnológico é bem elucidado por Souza (p. 10-11):

[...] após a 2ª Guerra Mundial e o advento da Guerra Fria, conflito 'não bélico' entre Estados Unidos e União Soviética, os países sentiram a necessidade de desenvolver suas indústrias e sua tecnologia, como uma forma a proteger-se contra ataques de inimigos e um acontecimento do final da 2ª Guerra Mundial, que particularmente consolidou a exigência de passar por uma nova fase de industrialização foi o bombardeio de Hiroshima e Nagasaki, por parte dos Estados Unidos.

Com isso, essa fase é marcada por uma busca incessante de novas tecnologias nos diversos setores como garantia de proteção de ataques de terceiros.

É sempre bom deixar explícito para que vocês possam entender bem: as universidades e as indústrias, em especial nesse período, estavam envolvidas e decididas para industrializar os países e mesmo países agrários passaram por essa situação, um exemplo claro é o Brasil e o governo de Juscelino Kubitschek, com o projeto de desenvolver a economia, não em 50 anos, mas em cinco.

Ora, por que havia essa necessidade? Justamente porque o Brasil ainda era um país agrário e Juscelino sentia a necessidade de

⁹⁹ A alienação aqui referida é no sentido de que o trabalhador não tinha espaço para implementar sua criatividade e sofria o desânimo em não poder participar do resultado final da concepção do produto fabricado por profissionais qualificados, multifuncionais e dotados de criatividade, que pudessem atender às novas expectativas do mercado capitalista

modificar essa situação.

Voltando à questão das universidades, por mais que elas sejam instituições originárias da Idade Média, as pesquisas tecnológicas ao menos da forma como conhecemos hoje, são próprias desse período de industrialização e uma característica bem interessante

desse processo é a de que há uma transmissão do saber-fazer entre universidades e indústria quase que de maneira simultânea, basta lembrar o que aconteceu na Europa durante a 2ª Guerra.

Outro ponto é que na terceira revolução industrial, há a produção de insumos de alto valor agregado e isso é fácil de entendermos: com o avanço das tecnologias, e até mesmo de nanotecnologias, conforme a pesquisa científica vai consolidando-se, mercadorias cada vez mais sofisticadas poderão ser produzidas e isso naturalmente aumentará o valor agregado do produto.

Tal é a importância da pesquisa nesse momento da Revolução que há outra denominação para a 3ª Revolução Industrial, que é Revolução Técnico-Científica.

Nesse contexto, a Revolução Digital fez surgir diversas inovações digitais e transformações tecnológicas no mundo inteiro, que romperam com paradigmas e opuseram modelos do período anterior, relativos à Era Industrial tradicional da Segunda e Terceira Revoluções.

Aproximadamente a partir de 1950, desencadeou-se uma profunda e gradual alteração, não só nos meios e sistemas de produção, mas também na própria organização da sociedade, haja vista um rápido desenvolvimento em telecomunicações, informática, tecnologia digital, informação, genética, automação e robótica (CASTELLS, 1999).

Enquanto a Era Industrial tradicional colhia frutos da invenção da prensa e privilegiava relações de trabalho rígidas, hierárquicas e verticais, a Era Tecnológica, em seu início, já começava a apregoar as vantagens, inclusive ambientais, da comunicação digital e apresentava novos modelos de negócios com características sensivelmente opostas aos anteriores, posto que flexíveis, colaborativos e horizontais.

Esse processo de digitalização tecnológica reestruturou o universo da eletrônica, fazendo com que a tecnologia, antes mecânica e analógica, fosse convertida para o formato digital, de tal modo que o computador e os circuitos lógicos digitais tornaram-se, então, as verdadeiras máquinas dentro do ramo empresarial.

A Internet — inicialmente criada na década de 1960, de forma restrita, por agência norte americana, com o intuito exclusivo de uso da indústria bélica, de investigações nucleares, de busca de tecnologia de espionagem e de interligação restrita de bases militares a universidades, para fins de pesquisa direcionadas ao governo – passou a ser disponibilizada e popularizada para outros países, a partir de 1990, por meio da Rede de Alcance Mundial (WWW – *World Wide Web*) (CASTELLS, 1999).

O uso popularizado de computadores, arquivos digitais, celulares digitais, redes sociais e outras tecnologias derivadas começou a fazer parte do cotidiano das empresas e dos lares de várias famílias por todo o mundo, reforçando a globalização, à medida que viabilizaram: a interatividade, o amplo acesso à informação, a produção de conteúdo, o estreitamento entre pessoas a quaisquer distâncias geográficas e culturais, a facilidade de mobilização coletiva de quaisquer grupos sociais em quaisquer causas, a prática do *e-commerce*, por meio de *marketplaces* e lojas virtuais, além da instalação de empresas multinacionais e a consolidação do capitalismo financeiro⁶.

A informação passou a ocupar o centro de destaque no cenário atual, tornando-se o novo paradigma, tanto para a classe de profissionais, como para a classe de empresários e industriários, seja com vistas a galgarem lugar no mercado de trabalho, no primeiro caso, seja para exercerem o empreendedorismo com sucesso, no segundo. A difusão da Internet e do computador tiveram importante papel no acesso rápido e recíproco de comunicações integradas, por diversos fluxos, inclusive a nível internacional, oferecendo uma maior capacidade de armazenamento de dados, algo decisivo em um período em que a informação passa a ser considerada uma das mais relevantes moedas de troca.

⁶Assim como a industrialização, o capitalismo não é estático, alterando-se no tempo, dividindo-se basicamente em três fases: capitalismo mercantil ou comercial (até o final do século XVIII), capitalismo industrial (primeira e segunda revolução industrial) e capitalismo financeiro (terceira revolução industrial e revolução 4.0).

Como ilustração dos tempos atuais, rememore-se a célebre frase “Informação é poder!”, reproduzida pelo personagem “Steve Jobs”, no filme “Piratas do Vale do Silício”, lançado em 1999, que retrata o nascimento da era da informática doméstica, no início da década de 1970.

É de se reconhecer, pois, que esta terceira fase da industrialização modificou o mundo do trabalho e inaugurou o início da Era da Informação, também chamada de Era Tecnológica, não restando dúvidas de que os investimentos em pesquisa científica e tecnologia proporcionaram um salto de qualidade e avanço na vida da humanidade.

No entanto, a crítica que se põe é que, enquanto o mercado capitalista se voltou,

cada vez mais, para os trabalhadores qualificados, outros profissionais especializados em uma só tarefa ou sem as mesmas oportunidades de qualificação foram sendo deixados para trás, ocasionando altas taxas de desemprego e migração para o mundo do trabalho informal, em que o trabalhador é posto, indevidamente, à margem de leis e direitos trabalhistas, como se tais relações de trabalho fossem desregulamentadas, embora não necessariamente o sejam.

A Revolução Digital, portanto, consolidou-se de forma extremamente antagônica, pois, por um lado, elevou diversos setores da sociedade para um patamar de crescimento tecnológico bastante avançado, e, por outro, desencadeou uma verdadeira tecnoprecarização do trabalho nas classes sociais com menores oportunidades de acompanharem esse crescimento (ANTUNES, 2009).

Até então, não se constitui como novidade o fato de que o desenvolvimento tecnológico tenderia a impor a substituição do homem pela máquina, até porque foi o que aconteceu com grande parte da massa trabalhadora na Segunda Revolução Industrial, em que o operário foi reduzido a mero apêndice dos maquinários no processo produtivo.

Na Era Digital, porém, essa preterição da força de trabalho humana se intensificou substancialmente, à medida que o homem foi perdendo seus postos de trabalho no setor secundário da economia, não só para máquinas, mas também para sistemas informatizados. Isso acarretou uma crescente terciarização da economia, com o direcionamento, para o setor terciário de comércio e serviços, dos trabalhadores que perderam seus empregos no setor industrial; um escape na busca por suas sobrevivências.

Destaque-se que, na Era da Informação, a migração de empregos para o setor terciário ocorreu não só no setor secundário, mas também adveio do setor primário (RIFKIN, 1995). A introdução de maquinários e novos conhecimentos agrícolas e tecnológicos no meio rural também acarretou alta de desemprego da massa trabalhadora que não conseguia se qualificar suficientemente para operá-los (RIFKIN, 1995). Com isso, o resultado foi o êxodo rural desses trabalhadores do campo para as cidades, a fim de recorrerem à empregabilidade no setor terciário.

Verifica-se que a Era da Informação inaugurou um cenário paradoxal no mundo do trabalho. Houve, simultaneamente, aumento no número de empregos e aumento do número de desempregados, porque os novos postos de trabalho requereram conhecimentos tecnológicos especializados. Diante disso, uma grande parte dos trabalhadores não conseguiu ocupá-los por falta de oportunidades e de tempo para alcançarem a qualificação profissional que o mercado digital exigia.

Outro fato impactante da Revolução Digital foi a flexibilização pós-fordista da produção. Não só implicou a fabricação de produtos com obsolescência programada (por

meio de produções de itens com menor durabilidade e tempo de vida útil), como também a obsolescência perceptiva (por meio de lançamentos de produtos em novas cores, novos modelos e novas tecnologias, com o intuito de gerarem uma sensação de defasagem destes nos consumidores) (CASTELLS, 1999).

A qualidade dos produtos passou, então, a ser medida não pelo tempo de durabilidade, mas pela diversificação ou grau de tecnologia, de modo que parar de funcionar ou ter algum defeito não são mais fatores que os deixam inservíveis para uso. Impera, sobretudo, motivos como o modelo seguinte ter atingido um patamar de variação, sofisticação ou tecnologia maiores que o anterior. Vale notar o impacto ambiental, social, econômico e trabalhista que essa nova filosofia de produção passou a gerar. Citem-se, como exemplos, nos dias de hoje, os artigos de moda e os aparelhos de celular.

Nesse contexto, o homem converte toda sua capacidade de evoluir tecnologicamente, não em prol do cerne humanitário, mas sim em função da lógica da lucratividade. Até aqui, ainda não há uma condução das decisões e transformações econômicas para os fins sociais, ou seja, ainda não se vê o ser humano como o destinatário final de toda essa evolução que ele próprio adquiriu, porque todo o esforço, seja ele o do trabalho, seja o do empreendedorismo, vem sendo despendido em função do capital, ainda que essa destinação importe em sofrimento de classes sociais desprovidas de oportunidades de crescimento.

Enfim, a pulsão que vinha movendo a economia, qual seja, a da lógica de mercado, não necessariamente guardava observância com a lógica humanitária. Pode-se concluir que a Era da Informação proporcionou transformações tecnológicas que representaram incontáveis vantagens para a sociedade, mas também deixou muitos trabalhadores desempregados e sem acesso às capacitações tecnológicas, o que inviabilizou suas inserções no mundo do trabalho digital.

3 O TRABALHO NO TEMPO ATUAL: REVOLUÇÃO 4.0

Com respaldo em vários estudiosos no assunto, a exemplo de Klaus Schwab (2016), pode se afirmar que, atualmente, vivencia-se a Era da Revolução 4.0.

A transição da Terceira para a Quarta Revolução ocorreu de forma gradual, assim como em todas as demais. O seu maior impulso, entretanto, foi a ruptura com os modelos usuais de negócios e tecnologias; deu-se lugar a inovações disruptivas, em velocidade e amplitude cada vez mais crescentes, que seguem avançando no curso desta nova era.

Schwab (2016, p.11) elenca descobertas e inventos descontínuos que surgiram no início da Revolução 4.0. Destaca também o quanto está por vir, a nível de interação

entre eles:

[...] ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas, que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas alguns. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico.

Para demonstrar que adentramos a Quarta Revolução, Schwab (2016, p. 12-16) pondera no seguinte sentido:

Estou ciente de que alguns acadêmicos e profissionais consideram que essas inovações são somente mais um aspecto da terceira revolução industrial. Três razões, no entanto, sustentam minha convicção da ocorrência de uma quarta – e distinta – revolução:

- Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.
- Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.
- Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade.

[...]

As tecnologias digitais, fundamentadas no computador, software e redes, não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global.

[...]

A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

Além da inteligência artificial (IA), robótica, internet das coisas (IoT), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, Schwab (2016, p. 23-34) elencou outras principais megatendências tecnológicas (*technological megatrends*), com base em pesquisa¹⁰⁰ realizada no ano de 2015, pelo Fórum Econômico Mundial, e no trabalho de vários Conselhos da Agenda Global do Fórum.

Schwab (2016) citou a robótica avançada por biomimetismo¹⁰¹ e o acesso a informações remotas por meio da nuvem, sem necessidade de programação por uma unidade autônoma. Estima-se que, quando a próxima geração de robôs for criada, provavelmente funcionará como aliada do ser humano, não mais como uma espécie de máquina substitutiva do homem.

Outros exemplos de *megatrends* também citados foram as casas conectadas, as cidades inteligentes, os materiais inteligentes, os nanomateriais, os plásticos termofixos, o *blockchain*, a *bitcoin*, a biologia sintética, o xenotransplante, a bioimpressão tridimensional de tecidos vivos e a neurotecnologia.

Além disso, vários pontos de inflexão esperados até 2025 foram elencados, a exemplo

¹⁰⁰ Cf. Deep Shift – Technology Tipping Points and Societal Impact, Global Agenda Council on the Future of Software and Society, Fórum Econômico Mundial, set. 2015.

¹⁰¹ Biomimetismo é uma engenharia inspirada biologicamente, mediante o estudo e a imitação das melhores ideias já existentes na natureza e adaptada à resolução dos desafios humanos (ARPINI, 2020).

de roupas e óculos de leitura conectados à Internet, carros sem motoristas, transplante de fígado impresso em 3D, substituição do censo por fontes de *big-data*, dentre outros. Importante notar que todos esses avanços, quando implementados, abrirão espaço para o início da já esperada Sociedade 5.0, a qual será abordada adiante.

Destaca-se que a Quarta Revolução Industrial, embora esteja em curso em várias partes do mundo, em outras, não foi vivenciada ainda. Estipula-se que nem mesmo a Segunda Revolução Industrial chegou a ser usufruída, por falta de acesso a descobertas científicas basilares.

De fato, a Segunda Revolução precisa ser plenamente vivida por 17% (dezessete por cento) da população mundial, pois quase 1,3 (um vírgula três) bilhões de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a Terceira Revolução Industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 (quatro) bilhões de pessoas, vivem em países em desenvolvimento sem acesso à Internet (SCHWAB, 2016). O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 (cento e vinte) anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a Internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década (SCHWAB, 2016, p. 17).

Não resta dúvida, portanto, de que as desigualdades sociais e econômicas representam desafios sistêmicos para a plena implementação da Quarta Revolução Industrial. Outro paradoxo será o fato de que somos, ao mesmo tempo, produtores e consumidores, de tal modo que as inovações disruptivas tenderão a afetar, tanto de forma positiva, como negativa, nossos padrões de vida.

Magaldi e Salibi Neto (2018, p. 15) ressaltam que a velocidade das transformações faz com que o valor gerado pela empresa seja julgado diariamente pela sociedade, na forma de consumidores atentos. Ao surgir uma nova opção que atenda suas demandas latentes ou não mapeadas, esses implacáveis "juízes" canalizarão sua atenção ao novo, deixando à míngua as empresas que não atenderem à evolução do mercado.

Nessa perspectiva, com a alta tecnologia da Revolução 4.0, profissões e atividades empresariais tradicionais vêm se extinguindo, ao passo que novas demandas e profissões surgem. Há muito tempo extintas ou, no máximo, ainda existentes, mas obsoletas em países cuja tecnologia seja mais desenvolvida, estão as profissões de: vendedor de enciclopédias, telefonista, datilógrafo, leiteiro, projetista de cinema, vendedor, arrumador de pinos de boliche, comerciante de aluguel de fitas de videocassete, entre outras.

Dando seguimento a uma futura extinção, senão já extintas, têm-se, por exemplo, as profissões de: comerciante de aluguel de DVD e *Blu-rays*, revelador de fotos, carteiro, bibliotecário, digitador, relojoeiro, recrutador de RH e profissional de telemarketing. Especula-se que até mesmo pilotos de avião e taxistas caminham para a extinção, em

função da futura tendência do desenvolvimento e do uso crescente de veículos autônomos.

Dentre as novas profissões, estima-se como promissor o mercado de trabalho para as profissões de gestor de resíduos ou lixólogo, especialista em agroecologia, gerontólogo, analista de SEO (*Search Engine Optimization*), consultor de sucessão, farmacoeconomista, aquicultor, especialista em bioinformática, especialista em *mobile marketing*, dentre outras (OLIVEIRA, 2013, p. 55).

Nesse rumo, novas profissões surgem, mas não necessariamente surgem os profissionais na mesma proporção, porque esta demanda requer investimento e políticas públicas de educação e qualificação acadêmica, além de treinamentos práticos, a fim de preparar a sociedade para desempenhar esses novos papéis no mercado de trabalho.

Com efeito, um fato inconteste da atualidade é a demanda de profissões emergentes. Já a formação de profissionais qualificados, na mesma quantidade e velocidade, para exercer tais profissões e, então, atender a essa demanda por completo, por enquanto, é apenas uma expectativa ainda não plenamente concretizada.

A velocidade das informações, do desenvolvimento de tecnologia fina e, conseqüentemente, a velocidade da dinâmica de necessidades que vão surgindo, são fatores que nos levam a indagar se os atuais sistemas de educação estão atentos a essas questões e conseguirão acompanhar esse ritmo, no sentido de capacitarem os estudantes de hoje para se tornarem os profissionais que o futuro tecnológico exigirá. O que se estuda no presente, ainda que seja o mais atualizado possível, poderá rapidamente se tornar obsoleto, no momento que o estudante concluir o ensino médio e superior e precisar ingressar no mercado de trabalho.

É de suma importância, portanto, que o sistema educacional vigente, que representa a base da construção do conhecimento, ajuste-se em conteúdo e em ritmo, às evoluções tecnológicas, para oferecer grades de ensino condizentes com os perfis de trabalhadores que o sistema produtivo tende a demandar no futuro, desenvolvendo competências úteis para a vida adulta dos estudantes.

Ademais, a tendência do mercado aponta para a preponderância de profissões tão qualificadas em relação à formação educacional da população em geral que, provavelmente, uma significativa parcela de profissionais não consiga ingressar ou manter-se no mercado, em virtude da falta de qualificação voltada ao trabalho 4.0, o que infelizmente engrossará a massa de trabalhadores desempregados e de excluídos digitais.

A partir dessa ótica, urge que as políticas públicas sejam voltadas não só aos

profissionais do futuro, mas também aos trabalhadores de hoje, com vistas à capacitação destes, já para o momento presente, a fim de lhes desenvolver a necessária competência para acompanharem o ritmo dos *upgrades* tecnológicos. Essa postura governamental afigura-se indispensável para minorar o desemprego e a discriminação digital da classe trabalhadora que, no passado, não recebeu uma formação profissional hábil ao enfrentamento da multiplicidade e complexidade das inovações e mudanças tecnológicas do presente.

O mercado de trabalho não é estático, mas dinâmico, e vem passando por diversas transformações ao longo do tempo. Com a Pandemia do Coronavírus (COVID-19) e a necessidade de isolamento social, essas transformações digitais aceleraram-se mais ainda, compelindo a sociedade a reinventar-se para contemporizar a continuidade dos serviços com a própria sobrevivência da espécie humana, na tentativa de proteção contra o contágio e a disseminação do vírus.

Nesse cenário, grande parte dos trabalhadores de atividades compatíveis com a modalidade remota tiveram que se adaptar à realidade pandêmica e, então, migraram para o teletrabalho. Outros, porém, não conseguiram trabalhar remotamente, ou porque suas atividades são de execução essencialmente presencial, ou porque a empresa não conseguiu adaptar seu funcionamento ao modo tecnológico, ou, ainda, por falta de recursos financeiros e conhecimentos técnicos para adquirirem e operarem computador, celular, *tablet*, *notebook* e similares, para fins laborais.

Evidentemente que, do ponto de vista normativo, o teletrabalho não é uma novidade da pandemia, pois referida modalidade de labor já tinha previsão legal, desde o ano de 2011, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 6º, da CLT, por intermédio da Lei n. 12.551/11 e, mais adiante, com a Lei n. 13.467/17. Esta última introduziu o Capítulo II-A, com os arts. 75-A a 75-E, especialmente dedicado ao tema.

Constata-se, porém, que o teletrabalho nunca esteve tão inserido no mundo do trabalho como agora, em tempos de pandemia, principalmente no caso de trabalhadores mais qualificados e de empresas cujas atividades passaram a ser operadas em *home office*. Em outra perspectiva, contudo, os trabalhadores menos qualificados, ou cujas atividades são essencialmente presenciais, ficaram de fora dessa modalidade.

Todo o cenário atual leva a crer que as mudanças na geografia do trabalho, proporcionadas pelos avanços tecnológicos da Revolução 4.0 e aceleradas pela Pandemia do Coronavírus (COVID-19), certamente representam um caminho sem volta, pelas inúmeras vantagens econômicas que trouxeram, dentre as quais, menor poluição de veículos em deslocamentos, maior conexão familiar, menores custos com aluguel de estabelecimentos. Cumpre mencionar também as agruras emocionais do *home office*, seja pelo isolamento social, pela simbiose do espaço casa e trabalho, seja pela intensificação

de tarefas decorrentes da hiperconexão do trabalho em conjunto com os afazeres da terceira jornada, que atinge grande parte das mães nessa geração ainda patriarcal.

Sob esse panorama, embora grande parte da população já seja usuária de *smartphone*, ainda há um longo percurso para ser considerada como digitalmente incluída. Uma pesquisa realizada em 2018 pelo suplemento de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), e divulgada em 29.04.2020 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020), indicou que 79,3% (setenta e nove vírgula três por cento), ou seja, 4 (quatro) em cada 5 (cinco) brasileiros com 10 (dez) anos ou mais de idade possuem celular.

A pesquisa em apreço também revelou que 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira ainda não tem acesso à Internet, o que em números totais representa cerca de 46 (quarenta e seis) milhões de pessoas (IBGE, 2020). No meio rural, todavia, a falta de acesso à Internet ainda é maior do que no meio urbano, chegando a 53,5% (cinquenta e três vírgula cinco por cento), e nas cidades esse percentual é de 20,6% (vinte vírgula seis por cento) (IBGE, 2020).

Em ato contínuo, apontou que 41,6% (quarenta e um vírgula seis por cento), quase metade das pessoas, não têm acesso à rede, pelo fato de não saberem usá-la, enquanto 34,7% (trinta e quatro vírgula sete por cento), ou seja, 1 (uma) a cada 3 (três) pessoas, não têm interesse em usá-la (IBGE, 2020). Ainda, 11,8% (onze vírgula oito por cento) delas alegam que o serviço à Internet é caro e 5,7% (cinco vírgula sete por cento) argumentam o alto custo do equipamento necessário para conectar (IBGE, 2020).

Além disso, observou-se que, em todas as regiões do país, o rendimento real médio *per capita* dos domicílios em que havia utilização da Internet (R\$ 1.769) foi quase o dobro do rendimento dos que não utilizavam a rede (R\$ 940) (IBGE, 2020). Desse modo, a Internet ainda não é acessível à população com renda média *per capita* abaixo de R\$ 1.769,00 (mil setecentos e sessenta e nove reais) (IBGE, 2020). Isso é preocupante, principalmente se considerarmos que a renda domiciliar *per capita* média nacional do Brasil era de R\$ 1.373,00 (mil trezentos e setenta e três reais) em 2018, R\$ 1.438,67 (mil quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e

32

sete centavos) em 2019 e R\$ 1.380,00 (mil trezentos e oitenta reais) em 2020, segundo pesquisa da PNAD Contínua, do IBGE (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021).

Notou-se que o acesso à Internet é mais alto entre jovens. A faixa etária de 20 (vinte) a 24 (vinte e quatro) anos foi a que mais utilizou a Internet em 2018, alcançando 91%

(noventa e um por cento) do público dessa idade (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021). Em contrapartida, somente 78,1% (setenta e oito vírgula um por cento) da população de 45 (quarenta e cinco) a 49 (quarenta e nove) anos e apenas 38,7% (trinta e oito vírgula sete por cento) da população de 60 (sessenta anos) anos ou mais tinham acesso à rede (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021). Tais dados demonstraram que, quanto mais avançada a idade, menos acesso à Internet esse público menos jovem vem tendo, somando-se, por via de consequência, à camada de excluídos digitais.

Segundo a referida pesquisa, verificou-se o nível de instrução como outro fator que também influencia no acesso à Internet. Embora o uso da Internet esteja sendo impulsionado em segmentos de níveis de instrução mais baixos, em 2018, o percentual de pessoas que utilizaram a Internet foi de apenas 12,1% (doze vírgula um por cento) no nível sem instrução e de 55,5% (cinquenta e cinco vírgula cinco por cento) no fundamental incompleto (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021). Já no nível superior incompleto, esse percentual atingiu 98,3% (noventa e oito vírgula três por cento). Assim, a maior parte dos excluídos digitais encontra-se nas classes com menor escolaridade (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021).

A finalidade do acesso à Internet também foi investigada. O objetivo mais elevado do uso da Internet, com percentual de 95,7% (noventa e cinco vírgula sete por cento), era enviar ou receber mensagens de texto, de voz, ou imagens por aplicativos diferentes de e-mail; 88,1% (oitenta e oito vírgula um por cento) era direcionado a fazer chamadas de voz ou vídeo; e 86,1% (oitenta e seis vírgula um por cento), para assistir a vídeos (SILVEIRA; ALVARENGA, 2021). Portanto, de modo geral, até a população que tem acesso à Internet parece não estar tão familiarizada com o uso mais elaborado das ferramentas tecnológicas para outros fins, que não apenas trocar mensagens, fazer chamadas e assistir a vídeos.

Essa constatação tem impacto na exclusão digital da classe obreira, na medida em que os serviços prestados por teletrabalho tendem a exigir do trabalhador um manejo mais aprofundado da rede. Uma considerável parte da população não estava preparada para agir dessa forma, e isso continua mesmo diante da emergência pandêmica instaurada em 2020.

Como se vê, o mero fato de boa parte da população brasileira fazer uso de celular não implica dizer, por si só, que esta mesma população tenha acesso à Internet ou, ainda mais, que tenha condições de desempenhar seu trabalho com habilidade para operar os diversos recursos tecnológicos existentes.

Em suma, não basta ter um celular à mão; é preciso educação e inclusão digital, por várias frentes. Trabalhadores com menor proteção social, baixa escolaridade, de classes sociais com menor poder aquisitivo, que façam parte do meio rural, por exemplo, têm sido os mais afetados pelo progresso tecnológico. Por sua vez, empresários que não

conseguiram se reinventar, com o uso de soluções tecnológicas irremediáveis, também adentraram o rol de exclusão.

Nesse quadro, percebe-se, portanto, que, apesar de estarmos vivendo na Era da Informação, ainda há muitos excluídos digitais, sejam eles empresários de certos ramos mais tradicionais de mercado, que não conseguiram acompanhar a velocidade do avanço tecnológico; sejam trabalhadores que dedicaram a vida profissional a tais ramos e se veem devorados pela veloz transformação eletrônica.

Analisando-se detidamente o rol de exclusão digital, os mais excluídos possivelmente são os não-alfabetizados digitais, isto é, os trabalhadores braçais, literalmente não-alfabetizados e sem quaisquer oportunidades de acesso, não só ao uso de tecnologia, como ao próprio conhecimento e treinamento de conceitos mais basilares da informática.

Há também os reféns tecnológicos, que são aqueles profissionais que até possuem certa qualificação intelectual, mas ainda cultivam um certo bloqueio para o mundo digital ou, mesmo fazendo uso deste, não detêm um conhecimento tecnológico aprofundado. Utilizam as redes sociais, mas não sabem criar minimamente um conteúdo digital ou desconhecem os riscos de invasão de privacidade, os perigos à sua segurança pessoal ou familiar. Podem, inclusive, tornarem-se reféns dos algoritmos, distanciando-se da vida real para se robotizarem no mundo virtual, sem a noção exata dos malefícios que existem, em que pesem os benefícios.

Relevam-se outra espécie de reféns tecnológicos, quais sejam, os profissionais que já entram no rol dos improdutivos, não pela ausência de uso das tecnologias digitais, mas pelo excesso deste, o que chega a acarretar distração e dispersão, a ponto de os dominarem. Tal fator gera desperdício de tempo com navegações inúteis ou desconexas com a sua necessidade de produtividade ou evolução pessoal e profissional.

Como se verifica, essa velocidade da tecnologia no mundo atual traz vantagens e desvantagens. É inegável o valor do aprendizado digital que boa parte de empresas e trabalhadores têm adquirido para criarem alternativas tecnológicas rápidas e criativas de continuidade dos serviços. Sem a pressão pandêmica, essas alternativas certamente levariam anos para serem implementadas.

Por outro lado, há uma gama de prejuízos psicológicos para a saúde mental do ser humano, que corre o risco de tornar-se um dependente digital, pela estratégia comercial perversa dos algoritmos; ou tornar-se um inseguro digital, diante da destruidora sensação de estar sempre atrasado na corrida pelo conhecimento tecnológico em virtude do volume de informações. Esses fatores, sem dúvida, são potenciais desencadeadores de doenças de ordem psíquica, tais como ansiedade, depressão e síndrome de *burnout*.

Outrossim, destacam-se as soluções tecnológicas recorrentes no ramo do comércio. A transformação de lojas físicas para *e-commerces*, embora tenha auxiliado as empresas na continuidade de seus negócios, por outro lado, têm implicado, muitas vezes, a dispensa de parte de seus empregados, acarretando mais desemprego.

De igual modo, é indubitável que o teletrabalho tem sido a válvula de escape mais utilizada para a continuidade de serviços de trabalhadores mais qualificados, entretanto, não socorre aqueles com menor qualificação, muitos dos quais acabaram perdendo seus empregos, por não terem como se encaixar nas novas realidades digitais.

É evidente, destarte, a dualidade entre pontos positivos e negativos dos crescentes impulsos tecnológicos da Revolução 4.0. Portanto, torna-se indispensável a atenção de políticas públicas e de toda a sociedade quanto à prática de ações que contribuam para que o desenvolvimento da tecnologia não acentue ainda mais as desigualdades sociais.

4 PARA O FUTURO: SOCIEDADE 5.0

Não obstante se vivenciar a Era da Revolução 4.0, desde 2016, com o lançamento, pelo governo japonês, do 5º (quinto) Plano Básico de Ciência e Tecnologia, que traça políticas públicas a serem implementadas até 2021, o Japão inaugurou o conceito de Sociedade 5.0, já aspirando, para um futuro bem próximo, uma evolução tecnológica de braços dados com avanços sociais.

De acordo com referido documento, a Sociedade 5.0 foi conceituada como “sociedade centrada no homem, no qual equilibra avanços econômicos e sociais em um sistema que integra ciberespaço e espaço físico, como *smart homes*, tecnologias vestíveis, mobilidade autônoma, assistentes digitais, energia inteligente, entre outros” (AMARAL, 2018, *online*).

Na Revolução Industrial, o desenvolvimento das máquinas sujeitava o homem a condições miseráveis para produzir mais; já na Revolução 5.0, o foco deverá ser o de utilizar a tecnologia de forma integrativa, para que a humanidade possa viver melhor, com mais tempo e mais qualidade de vida, com maior inclusão social e maior ganho em sustentabilidade.

Com efeito, estima-se que a Revolução 5.0 terá o objetivo primordial de facilitar a vida dos seres humanos; os sistemas inteligentes funcionarão não como inimigos ou competidores da força de trabalho do homem, mas como aliados, na busca de soluções de problemas essenciais da coletividade e do planeta, tais como, prevenção e redução de desastres naturais, criação de vias de consumo consciente, busca do retardo no envelhecimento da população, aumento da segurança pública e privada e redução das desigualdades sociais, reconstrução de cidades para *smart cities* (cidades inteligentes).

Tudo de forma sustentável.

Se, hoje, lamentavelmente, o homem ainda é encarado como produto das redes sociais, com a Sociedade 5.0 almeja-se que, finalmente, o ser humano e a biodiversidade sejam colocados, de forma harmoniosa, no centro do desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Todas essas conjecturas sobre o futuro nos remetem, contudo, ao que já dizia Mujica (HUMAN, [2016?], *online*)¹⁰²:

A forma como vivemos e nossos valores são a expressão da sociedade na qual vivemos. E a gente se agarra a isso. Não digo isso agora por ser presidente. Pensei muito sobre isso. Passei mais de dez anos na solitária. Tive tempo... Em sete anos nem sequer li um livro. Tive muito tempo para pensar. E descobri o seguinte: Ou você é feliz com pouco, com pouca bagagem, porque a felicidade está dentro de você, ou não consegue nada. Isso não é uma apologia à pobreza, mas à sobriedade. Só que inventamos uma sociedade de consumo, e a economia tem que crescer, porque se não crescer, acontece uma tragédia. Inventamos uma montanha de consumos supérfluos. Compra-se e descarta-se, mas o que se gasta é tempo de vida. Quando compramos algo, não pagamos com dinheiro. Pagamos o com tempo de vida que tivemos que gastar para ter aquele dinheiro. Mas tem um detalhe: tudo se compra, menos a vida. A vida se gasta. E é lamentável desperdiçar a vida para perder a liberdade.

Ousa-se especular que essa filosofia provavelmente seja a principal conscientização a ser seguida pela humanidade rumo à Revolução 5.0, em prol de uma desconstrução da atual sociedade do consumo para uma sociedade inteligente. Esta, por sua vez, deverá conjugar tecnologia e sobriedade; os seres humanos não serão só consumidores, mas cidadãos, na melhor concepção e no mais alto grau evolutivo da palavra, para alcançar maior qualidade de vida e sustentabilidade para o planeta.

Até adentrar à Revolução 5.0, faz-se mister que o bem-estar individual do ser humano seja preservado. À medida que o homem adquire volumosos conhecimentos e informações, também deve preparar mente e saúde para enfrentar e saber lidar com o mundo virtual, sem adoecimento, não se deixando ser devorado pelas interatividades virtuais, a ponto de distanciar-se das relações interpessoais presenciais.

¹⁰² José Mujica, apelidado de Pepe Mujica, foi presidente do Uruguai de 2010 a 2015. Ex-guerrilheiro dos Tupamaros, entre os anos 60-70, foi preso como refém pela ditadura entre 1973 e 1985. Ele prega uma filosofia de vida em torno da sobriedade: aprender a viver com o que é necessário e o que é justo.

O filme-documentário “O Dilema das Redes” retrata bem esses riscos. Há uma frase bastante marcante neste filme que diz: “Se você não paga pelo produto, o produto é você” (O DILEMA DAS REDES, 2020, *online*).

Com o surgimento da Pandemia do Coronavírus (COVID-19), houve uma rápida inserção no mundo digital, até mesmo como forma de interação social, uma vez que o contato pessoal foi restringido por questões sanitárias. Nesse sentido, constata-se que as gerações Y103 e Z104 têm mais facilidade de apreensão do conhecimento e mais intimidade com o universo da automação, em contrapartida, tendem a desenvolver uma postura de imediatismo, com ritmo acelerado de pensamento.

As consequências adversas podem ser inúmeras, entre elas, a dificuldade de passar por processos que requeiram o ato de esperar o tempo de cada etapa, a dificuldade de lidar com frustrações, a dificuldade de autoaceitação pela comparação com o mundo superficialmente perfeito das redes sociais ou a melancolia da solidão ocasionada pelo hiperfoco em uma tela. Contudo, tais fatores também podem ser encontrados nas gerações passadas.

Contudo, o homem inserido nas redes não é peculiaridade das gerações Y e Z. De modo geral, os das gerações passadas também estão assim. E nesse ponto me faz lembrar uma orientação muito interessante da psicopedagoga Isa Minatel (2020, *online*), sobre as crianças e “O Dilema das Redes”, para adultos hiperconectados, quando interpelados por seus filhos: “Se uma criança te chama, é ela quem está te salvando, e não o contrário.”.

A sociedade, embora precise de lazer, entretenimento, conhecimento e informação, deve levar isso de forma saudável, aprendendo a limitar o tempo de uso, a selecionar conteúdos que realmente possam trazer alguma sensação prazerosa. A organização das redes também precisa começar a se organizar de forma ética nesse sentido.

Isso não significa dizer, entretanto, que não se deva olhar a evolução tecnológica de forma maniqueísta. A atenção se direciona para que não nos transformemos em meros produtos, na mesma proporção do que ocorreu na Primeira e Segunda Revoluções Industriais, respectivamente, quanto ao ser humano como mero apêndice de máquina.

Torna-se premente a existência de regulações éticas das redes sociais, sejam no

103 A geração Y consiste em um conceito sociológico que abrange os jovens nascidos no começo da década de 1980 a meados da década de 1990, chamados *millennials*, sendo uma camada da sociedade movida à tecnologia e inovação, com tendência ao consumo e com perfil profissional criativo e inovador (TUDDA; PADULA, 2019).

104A geração Z refere-se aos jovens nascidos entre 1995 e 2015, em um contexto tecnológico mais avançado, chamados *centennials* e são tidos como nativos digitais, ainda mais que os Ys, bem como desprendidos, empreendedores e aptos a multitarefas (TUDDA; PADULA, 2019).

retorno claro quanto ao domínio de nossos dados pessoais, sejam para a valorização, e não para a exploração do ser humano no mundo virtual, tanto no âmbito do trabalho digital, como em geral. A LGPD, Lei 13.709/2018, promete ser um valioso instrumento de proteção social nesse ponto.

Diante de todo esse contexto, espera-se que, no caminho rumo à Sociedade 5.0, a visão sistêmica que começa a se difundir no seio da humanidade, venha a integrar economia, trabalho, lazer, família e saúde mental, em uma harmoniosa equação. Fórmula vital essa, que o homem segue, buscando encontrar, ao longo das eras.

CONCLUSÃO

A história do trabalho é uma história de múltiplos sentidos: luta, sobrevivência, propósito, ideal, esforço, prazer, realização, inserção social, honra, dignidade. Em uma boa observação, percebe-se que em tudo há trabalho. Um simples gesto de lavar as mãos, caminhar pelas ruas ou acender uma luz envolve alguém — muitas vezes invisibilizado — que trabalhou para fabricar o sabão e o calçamento, ou fazer a água e a energia elétrica chegarem até nós.

O trabalho sempre esteve presente e assim estará; não de forma estática, mas dinâmica, recriando-se e passando por transformações juntamente à humanidade. Nessa toada, cada Revolução Industrial, conforme relatado na história, revela uma etapa de transformação do trabalho e sua intrínseca relação com as descobertas de novos meios de produção.

Examinou-se que a Primeira Revolução Industrial representou os primórdios da automação mecânica, tendo como marco o surgimento das primeiras máquinas hidráulicas e a vapor; A Segunda Revolução Industrial inaugurou o início da era do petróleo, com o uso da energia elétrica, do motor de indução e da linha de montagem; A Terceira Revolução Industrial, por sua vez, destacou-se pela introdução dos processos computadorizados, pelo uso da eletrônica e pela automação a caminho da robótica.

Dando continuidade, a Quarta Revolução Industrial traz descobertas relativas a IA, *big data*, fábricas inteligentes, IOT, dentre outros. Para o futuro, anuncia-se a Sociedade 5.0, prenunciando uma mudança de paradigmas, em que se aprenderá a deslocar o foco dos interesses econômicos para o homem em si, fazendo uso da tecnologia em prol da evolução e da sustentabilidade.

O fato de as Revoluções Industriais estarem historicamente catalogadas no tempo não quer dizer que no mundo, atualmente, não convivam todos os sistemas de produção, pois ainda existem lugares com patamar equivalente ao da Segunda Revolução Industrial,

em que o desenvolvimento tecnológico mais basilar sequer chegou. Infelizmente, situações de trabalho escravo ainda são detectadas, mesmo em países em desenvolvimento e com introdução de tecnologia, como é o caso do Brasil.

A Era da Informação, referente à Revolução 4.0, trouxe muitas inovações tecnológicas disruptivas que se tornam cada vez mais factíveis, entretanto, a reflexão gira em torno da adaptação a essa nova realidade. Esta não somente se refere a investimentos em prol do desenvolvimento científico, mas também passa por uma necessária evolução sistêmica do ser humano, tanto no aspecto coletivo, como no interpessoal.

Nesse sentido, coletivamente, é imprescindível que sejam desenvolvidas políticas públicas assecuratórias de capacitação do trabalhador para atuar no mercado digital, além de medidas de proteção da empregabilidade, contra o pseudo-empendedorismo e a informalização do trabalho, a fim de evitar que o crescimento tecnológico célere e desordenado acarrete o aumento do desemprego. Esta circunstância pode atropelar classes sociais mais baixas e com menos acesso aos conhecimentos e recursos informatizados.

Quanto à prenunciada Revolução 5.0, tem-se que trabalho e capital só andarão de mãos dadas, quando se compreender que esses dois elementos essenciais da subsistência humana não devem ser inseridos em guerra de tensões, mas ser entendidos como institutos integrados e mutuamente cooperativos, para uma existência digna e harmoniosa da humanidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, V. N.; ALMEIDA, V. H. Trabalho, tempo livre, lazer e ócio: da antiguidade aos tempos atuais. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 16, n. 187, p. 121-132, 6 dez. 2016.

Disponível em:

<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/31701>. Acesso em: 12 abr. 2021.

AMARAL, Fernanda Vargas. **Indústria 5.0**: os desafios. Analytica [site], 2018. Disponível em: <https://revistaanalytica.com.br/industria-5-0-os-desafios/>. Acesso em: 28 maio 2021.

ANTUNES, Ricardo. Século XXI: Nova era da precarização estrutural do trabalho? *In*: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (orgs.). **Infoproletários**: degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009, cap. 11.

APOLINÁRIO, Vadênia. O volvoísmo/volvismo e a organização do trabalho industrial na Suécia: reflexões sobre a racionalização do trabalho. **Revista de economia regional, urbana e do trabalho**, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em:

https://www.google.com/search?q=volvismo&biw=1366&bih=568&sxsrf=ALeKk00qIRrcqd4rr5RgXKoStRnk2oEIAA%3A1623616681809&ei=qWzGYL7ZMJXZ1sQPmIWR8Ak&oeq=volvismo&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2I6EAMyAggAMgQIABBDMgIIADICCAyBAgAEEMyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIAFCmiiBYpoogYOGpIGgAcAJ4AIABngOIAeQEkgEHMC4xLjQtMZgBAKABAqABAaoBB2d3cy13aXrAAQE&scclient=gws-wiz&ved=0ahUKEwj0ce8u5XxAhWVrJUCHZhCBJ4Q4dUDCA4&uact=5#. Acesso em: 16 maio 2021.

ARPINI, Mariana Sponchiado. **Biomimetismo**: quando a ciência aprende com a natureza. Scientific Skin Technology [blog], 2020. Disponível em:

<https://www.scientificskintech.com.br/blog/2020/02/03/biomimetismo-quando-a-ciencia-aprende-com-a-natureza/>. Acesso em: 28 maio 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016.

BÍBLIA. Português. Bíblia Pastoral. Tradução de Luiz Gonzaga do Prado. Brasília: Paulus, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 1.

CHAUÍ, Marilena. Introdução. *In*: LAFARGUE, Paul. **O direito à Preguiça**. São Paulo: Ed. Hucitec; Ed. Unesp, 1999.

GODWIN, Alexandre. **Taylorismo, Fordismo, Toyotismo e o Trabalhador**. JusBrasil [site], 2017. Disponível em:
<https://alegodwin.jusbrasil.com.br/artigos/441135883/taylorismo-fordismo-toyotismo-e-o-trabalhador>. Acesso em: 24 maio 2021.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HUMAN. Entrevista com José – URUGUAI. **Youtube**, [2016?]. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=FpfsXQKG8vY>. Acesso em: 10 maio 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD Contínua TIC 2018**: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. Agência IBGE [site], notícias, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>. Acesso em: 24 maio 2021.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**: formas de vida e produção de subjetividade. Tradução de Mônica de Jesus. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LIKER, J. K. **O Modelo Toyota**: Os 14 princípios de Gestão da maior Fabricante do Mundo. Porto Alegre: Bookman, 2005.

MAGALDI, Sandro; SALIBI NETO, José. **Gestão do Amanhã**: tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4ª Revolução Industrial. 2. ed. São Paulo: Editora Gente, 2018.

MARTINS, J.C.O.. Ócio na contemporaneidade cansada. **Revista do Centro de Pesquisa e Formação**, v. Unico, p. 35-44, 2018. Disponível em:

<https://www.sescsp.org.br/files/artigo/016de45a/79db/48a2/b661/5d383a89a51c.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

MINATEL, Isa. **As crianças e “O Dilema das Redes”**. [S./], 1º nov. 2020. Instagram: @isa.minatel. Disponível em:

https://instagram.com/isa.minatel?utm_medium=copy_link. Acesso em: 20 maio 2021.

MODELOS de Produção: Taylorismo e Fordismo. ProEnem [site], [202?]. Disponível em: <https://www.proenem.com.br/enem/geografia/modelos-de-producao-taylorismo-e-fordismo/>. Acesso em: 24 maio 2021.

O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski. Roteiro de Vickie Curtis, Davis Coombe e Jeff Orlowski. Netflix, categoria filme. 2020. 1 hora e 34 minutos. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/>. Acesso em: 25 maio 2021.

OLIVEIRA, Sidney. **Profissões do futuro: você está no jogo?** São Paulo: Integrare Editora, 2013.

PAULO FILHO. Desde que seja preto. Administradores.com [site], Artigos, 24 nov. 2015. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/desde-que-seja-preto>. Acesso em: 20 maio 2021.

PEDROSO, Márcia Naiar Cerdote. **O trabalho e suas transformações**: uma análise sobre o Brasil no final do século 20. 2013. 159fl. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí-RS, 2013. Disponível em:

<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5701/M%c3%a1rcia%20Naiar%20Cerdote%20Pedroso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20

maio 2021.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Trabalho na Terceira Revolução Industrial**. Brasil Escola [site], [201?]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/trabalho-na-terceira-revolucao-industrial.htm>. Acesso em: 24 maio 2021.

PINTO, Geraldo Augusto. O Toyotismo e a mercantilização do trabalho na indústria automotiva do Brasil. **Caderno CRH**, Salvador, v. 25, n. 66, p. 535-552, set./dez. 2012. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/QkKrLKYyTZcYYytBwynwbSS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 maio 2021.

PIVA JUNIOR, Dilermando. **A Sociedade baseada no “Conhecimento Coletivo”**. Portal E Digital [blog], 2010. Disponível em: <http://www.edigital.com.br/categoryblog/78-a-sociedade-baseada-no-conhecimento-coletivo>. Acesso em: 24 maio 2021.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Carla Regina da. **Revolução Industrial: o cotidiano das fábricas**. Blog do Enem [site], 8 abr. 2021. Disponível em: <https://blogdoenem.com.br/revolucao-industrial-enem-historia/>. Acesso em: 24 maio 2021.

SILVEIRA, Daniel; ALVARENGA, Darlan. **Renda domiciliar per capita caiu em 2020, para R\$ 1.380, diz IBGE**. G1 [site], 26 fev. 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/renda-domiciliar-per-capita-foi-de-r-1380-em-2020-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 24 maio 2021.

SOUSA, Ana Amélia Ribeiro. **O Trabalho e sua Ressignificação ao longo da História**. Âmbito Jurídico [site], 22 jun. 2019. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-trabalho-e-sua-ressignificacao-ao-longo-de-historia/>. Acesso em: 24 maio 2021.

SOUZA, Erick RR. **Entenda sobre Indústria 4.0**. [S.l.]: [S.n.], 2018. E-book (34 p.). (Versão Kindle).

TRABALHO. *In*: DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO, Etimologia e Origem das Palavras. [S./]: [S.n.], [20??]. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>. Acesso em: 24 maio 2021.

TUDDA, Luciane; PADULA, Roberto Sanches. **Pesquisa discente no Curso de Administração da PUC-SP – 2017/2018**. São Paulo: Tiki Books: PUC-SP/PIPEq, 2019. Disponível em:

https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/graduacao/cursos/administracao/pesquisa_docente_adm.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

WOMACK, James P.; JONES, Daniel T.; ROOS, Daniel. **A máquina que mudou o mundo**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.