

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 917

(Ano XI)

(03/08/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

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 u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Crônica de uma tragédia que se repete – as histórias tristes das mulheres presas no Brasil

29/07/2019 | Rômulo de Andrade Moreira04

ARTIGOS

Criminalização da LGBTFOBIA |02/08/2019| Dahyana Siman Carvalho da Costa.....15

Comentários sobre a pena de perda da delegação ao Notário e ao Registrador |02/08/2019| Frederico Costa Bezerra36

Limites do negociado sobre o legislado na Lei 13.467/2017 |02/08/2019| Daniela Serra de Mello Martins49

A inviabilidade da vedação à adesão a atas por órgãos não participantes nos pregões SRP no âmbito do Exército |01/08/2019| Marcelo Bicalho Lara60

O significado dos indicadores sociais e a importância de sua manutenção para a formulação de políticas públicas efetivas |01/08/2019| Lorraine Saldanha Freitas Xavier de Souza86

Democracia brasileira: problemas e soluções |01/08/2019| Benigno Núñez Novo94

O homicídio doloso perpetrado pelo marido, convivente, namorado e amasiado, em face da sua mulher, por motivo de ciúme, atraí por si só, a figura do feminicídio? |31/07/2019| Joaquim Leitão Júnior104

Aspectos introdutórios dos recursos no Processo Penal |31/07/2019| José Eduardo Brasil Louro da Silveira122

Audiência de custódia no Brasil: avanço ou retrocesso? |31/07/2019| Beatriz Cristina Fakh Leite Marques132

O mundo do Direito com os conceitos fora de lugar: a distopia jurídica no Brasil |30/07/2019| Luiz Fernando Cabeda161

Adulteração no medidor de energia elétrica e o crime de estelionato |30/07/2019| Agnes Laís de Oliveira dos Anjos..... 183

O tabelamento do dano extrapatrimonial na relação laboral após a Reforma Trabalhista |30/07/2019| João Pedro Martins de Sousa185

Abuso de autoridade: caracterização |30/07/2019| Benigno Núñez Novo.....203

Reforma tributária: onerar mais não é o caminho 29/07/2019 Kiyoshi Harada e all.....	211
A Fixação dos Honorários de Sucumbência no Novo CPC 29/07/2019 Daniela Tamaio Lopes Boneli	215
Reflexões em torno da normatização internacional de proteção do trabalhador migrante 29/07/2019 Leandro Fernandez Teixeira	232
O direito à imagem 29/07/2019 Benigno Núñez Novo	240

MONOGRAFIA

Dispensa de licitação como mecanismo de fraude à Administração Pública 29/07/2019 Janaynna Pereira Brandão.	259
---	-----

CRÔNICA DE UMA TRAGÉDIA QUE SE REPETE – AS HISTÓRIAS TRISTES DAS MULHERES PRESAS NO BRASIL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

“Presos que Menstruam” é um livro impactante e comovente, que retrata de forma absolutamente realista “*a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras.*” A autora é a jornalista Nana Queiroz, ativista pelos direitos das mulheres e fundadora do Movimento Eu Não Mereço Ser Estuprada.^[1] Trata-se, a meu ver, e na verdade, de uma grande reportagem jornalística, muito influenciada pelo jornalismo literário, algo hoje muito raro de se ver, ao menos de boa qualidade e com estilo.^[2]

Ele foi escrito ao longo de quatro anos, sendo uma verdadeira, segundo a própria Nana Queiroz, “*colcha de retalhos em que a linha e a agulha são entrevistas, visitas aos presídios, livros, artigos, estudos e processos judiciais das personagens. O tecido é composto por trechos de vida de sete mulheres com quem ela se encontrou diversas vezes e de algumas outras detentas que lhe cruzaram o caminho de forma passageira.*”

Foram entrevistadas presas das cinco regiões do Brasil, tendo sido um livro difícil de escrever, dentre outras inúmeras razões, porque “*não era apenas o governo que nos impedia de falar sobre o assunto, mas porque também tabus são mantidos pelos que se recusam a falar sobre eles e a própria sociedade evita falar de mulheres encarceradas.*”

Assim, por exemplo, *"quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo."*

O primeiro dos relatos é de Safira – *"sincera e transparente como uma safira, e dura como a pedra também"* - que lamentava ter chegado a ficar, por conta dos sete anos de prisão, três anos ininterruptos sem nem sequer ver os filhos uma única vez. Não viu, por exemplo, *"o primeiro dia de aula, a primeira vez que andaram de bicicleta, a primeira namorada."*

E quando, finalmente, saiu da prisão e podia estar com eles, tinha um sonho: fazer o café da manhã de seus dois filhos. Naquele dia ela *"despejou o leite devagarinho no copo de café, curtindo cada gota que caía, com aquela satisfação que as pessoas sentem quando veem o mar pela primeira vez, conhecem o amor de suas vidas ou descobrem que se curaram de uma doença grave."* Após, *"sorridente"*, colocar os copos na mesa, um dos filhos perguntou-lhe com *"estranheza"*:

– "Mas você não sabe, mãe, que a gente não toma café, só toma Toddy?" Ela não lembrava, ou talvez nunca soubera, *"e a frase caiu sobre ela com o peso dos anos perdidos."*

Safira, então, lamentava não conhecer os filhos: *"eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida."*

O seu destino começou a ser traçado quando, acreditando no que hoje os hipócritas neoliberais costumam chamar de meritocracia, *"largou a escola aos 14 anos e se convenceu de que as pessoas batalhadoras, com esforço suficiente, sempre chegariam aonde quisessem, e com ela não seria diferente"; mas foi, pois a*

meritocracia não é bem assim, ainda mais em um País tão desigual como o nosso, em que os filhos da classe média podem se dar ao luxo de não trabalhar e apenas estudar (e nos melhores e mais caros colégios e faculdades) durante toda a sua infância, adolescência e juventude.

Ainda adolescente, Safira casou-se com um sujeito violento e rude (como se viu depois do casamento) que a maltratava de todas as maneiras, tal como o haviam feito a sua mãe e o seu padrasto. Com ela, que pensava em encontrar no casamento a paz que nunca tivera em casa, deu-se, justamente, o oposto; achara – por infortúnio? – *“exatamente o tipo de homem que reproduziria o lar no qual ela tinha crescido.”*

Ainda era uma menina, e apenas com três meses de casada, foi agredida com um tapa no rosto pela primeira vez. Sofreu todo tipo de humilhações, como traições, bebedeiras, sumiços, pancadas: *“como menina, perdoou, e como mulher, insistiu na relação, refugiando-se na infância para reconstruir o conto de fadas, apoiando-se na força de mulher para resistir à violência, indo e vindo entre os dois lados de si mesma.”*

Já separada, passou a trabalhar como empacotadora em um supermercado, trabalho cuja jornada iniciava-se às 5h, embrulhando *“as sacolas de compras da classe média, de coisas que tinha desejo de comer, biscoitos que adoraria levar para os filhos.”*

Um dia, ao chegar exausta e faminta em casa, desalentada depois de um dia fatigante, nada tinha dentro do armário para cozinhar; tampouco havia fraldas e leite para as crianças, nem sequer açúcar havia no pote vazio. O crime a acolheu.

Preso, sofreu o pão que o diabo amassou. Em um dos primeiros dias na Delegacia de Polícia, *“das sete da manhã às sete da noite seu corpo não teve*

descanso. Foi algemada em uma cadeira com rodinhas, mãos para trás. A cada pergunta não respondida, ganhava um soco na boca do estômago e, quando tentava se recuperar, buscando o ar, recebia um saco plástico preto no rosto. Rasgaram sua blusa, deixando os seios de fora." Não praticaram violência sexual, como ela temeu, mas "vieram mais socos, mais sacos pretos, vômitos de puro sangue. E nenhum hematoma – esses sabiam das coisas."

Anos depois, Safira encontrou a paz, em liberdade, graças ao apoio da família: "*o apoio é muito importante, as pessoas não têm noção disso*", disse ela.

Gardênia foi uma outra presa entrevistada; viciada em drogas, ainda jovem já tinha "*os dentes judiados, a pele marcada por anos que não vivera e não tinha muito claro na cabeça de que delitos era culpada e de quais a haviam acusado injustamente. Afinal, aquilo era o que havia sido narrado pelo promotor...*" E eu diria, antes pelo Delegado de Polícia... A ideia de ter alguém com um gravador próximo a ela lhe encantava, e "*seria uma maravilha ter um desses para ver que raios eu digo quando estou dormindo.*"

Na primeira vez em que foi detida e encarcerada, estava grávida, o que não impediu os maus tratos logo quando foi jogada na viatura. Quando gritou de dor, ouviu do policial: "*Tá reclamando do quê? Isso é só outro vagabundinho que vem vindo no mundo aí.*"

Bastaram quatro dias de prisão e, afetada pela "*pressão emocional pelas más condições do cárcere*", foi levada para o parto prematuro, nada obstante ainda faltassem dois meses. Aliás, demorou-se tanto de disponibilizar uma viatura para levá-la ao hospital que, não aguentando mais a dor, e desesperada, chegou a "*rasgar a farda do policial que a transportou até o carro.*"

Ao ser levada, "*observava na rua as pessoas que olhavam o carro com medo, com curiosidade, com hipocrisia. A ninguém importava Gardênia ou o*

bebê que carregava. Eles eram o resto do prato daquela sociedade, aquele que ninguém quis comer. E seu filho já nascia como sobra."

Quando, finalmente, deu-se o nascimento, nem sequer lhe foi permitido fazer um carinho na recém-nascida, conseguindo, apenas, "*de relance, conferir que era menina, como havia anunciado a médica: até nisso é diferente a gente presa do que a gente solta*", disse ela, completando: "*gente solta, você pega seu filho, vê; e eu nem consegui olhar os dedos da mão e do pé, pra ver se não tava faltando nenhum.*" Ainda que sua filha tenha nascido com hiperglicemia, ainda assim, só foi permitido que ela a amamentasse uma vez ao dia apenas.

As sequelas psicológicas, como é óbvio!, foram terríveis para a adolescente filha de Gardênia: "*é uma menina fechada e reticente, que tem dificuldades de expressar os sentimentos, precisa ir ao médico constantemente e, às noites, até adormecer, bate a cabeça na parede*":

– "Ela fica assim, ó: uh, uh, uh, balançando a cabeça para frente e para trás. Aí, daqui a pouco, quando para de mexer, é porque ela dormiu."

Às páginas 277 e 278 há um lindo poema escrito por Gardênia, depois de um castigo de muitos dias na prisão.

Júlia era uma estudante de Direito quando foi presa. Havia ganhado uma bolsa de estudos da faculdade onde a mãe trabalhava como faxineira. O irmão também estudava por lá. Nem sequer deu tempo suficiente para lhes avisar. Aguardava na fila da "xerox" quando foi abordada por um policial e levada presa.

Como aluna de um curso de Direito, ela "*sofria a desgraça de entender perfeitamente como tudo aquilo estava errado. Como as condições físicas e o tratamento que recebia infringiam tratados de direitos humanos, além da legislação brasileira.*"

Na prisão, de tanto tomar "*remédio pra gente dopar*" (ansiolíticos), Júlia ficou dependente química. Aliás, "*dopar as presas é um artifício para controlar a falta de pessoal capacitado para lidar apropriadamente com problemas emocionais e psicológicos.*" De tanta medicação, ela "*virou um monstro.*"

Um dia ao voltar para casa, beneficiada por uma saída temporária, ao abrir uma gaveta no seu quarto, e "*não encontrando nenhuma escova de cabelo própria para suas madeixas cacheadas, ficou profundamente magoada*", e percebeu que "*já não era mais a mesma coisa, nunca mais seria.*"

Júlia, além da sua própria, contou para Nana a história de Vanessa; filha de uma viciada em crack, aos sete anos experimentou pela primeira vez o prazer de uma pedra, oferecida pela própria mãe, que a ensinou a acender o cachimbo e a tragar. Aos catorze anos já era mãe de uma filha, cujo pai também era um dependente químico. Quando nasceu, a menina "*foi tomada pelo Estado*" e Vanessa nunca mais a viu. Nem Júlia viu mais Vanessa.

Vera, uma outra, também foi muito maltratada na infância. A sua mãe, "*uma mulher suave, mas submissa, quando os filhos aprontavam, não fazia nada para impedir que o marido os amarrasse em uma tora ou móvel da casa para bater com o que estivesse à mãe.*"

Quando foi presa também sofreu muitíssimo: "*quando cheguei na delegacia, apanhei muuuuuuuuuuuuuito.*" Colocavam a cabeça dela na privada com muita urina e "*bateram muito de um lado, quebraram os dentes da frente e tudo. Ixi! Apanhei muito, dois dias sem comer, sem beber água, só pau. Pau mesmo, do feio.*" De tanto chute que levou na perna – "*ela tava toda roxa*" – não conseguia nem sequer andar.

Camila, outra entrevistada, contou um diálogo que seu filho caçula tivera com uma assistente social que havia ido à sua casa para avaliar a possibilidade

dos seus dois filhos serem confiados à guarda dos avós paternos, e não maternos, como estavam. Os meninos não queriam sair de onde estavam. Desejavam continuar morando com a mãe e com o pai da mãe deles. Antes que a assistente social pudesse perguntar algo, o menino de apenas cinco anos antecipou-se:

– “A sua mãe tá presa?” Ela respondeu que não estava não.

– “E seu pai, é morto? Também não”, respondeu-lhe.

– “Então o que você tá fazendo aqui, se você não sabe o que a gente sente?”

E, assim, os irmãos continuaram onde estavam morando.

Ela também narrou as agruras sofridas na cadeia: “no distrito tem dia que a comida vem até azeda. Oito dormiam num colchão e meio. Era de dar câimbra no corpo inteiro. A gente não conseguia se mexer pra lado nenhum. Às vezes, tinha que acordar a do lado para poder levantar porque não podia mexer a perna. Meu Deus eu nunca mais vou sair daqui.”

Quando a mãe de Camila morreu ela estava presa e se desesperou, parou de comer: “só queria morrer, só que não queria me matar porque se eu me matasse, eu nunca mais ia encontrar a minha mãe. Porque ela tava no céu e suicidas vão para o inferno.” Três anos após a morte de sua mãe, Camila ainda mantinha na relação de suas visitas o nome dela. Sem entender, a psicóloga da unidade onde ela estava presa a chamou para conversar pela primeira vez e lhe perguntou:

– “Camila, você sabe que há três anos sua mãe é falecida?”

Ela sabia.

– “Então porque você continua colocando ela no seu rol de visitas?”

– “Porque ela me visita sempre. Eu sou assim: sou brigada com a morte.”

Camila contou a história de uma presa ("*uma menina*") que estava sendo acusada de ter ministrado droga para o seu filho, um bebê, quando o alimentava com uma mamadeira. Mas não era droga ilícita. Era amoxicilina, um antibiótico. Ela, provavelmente, misturou o remédio no leite da criança para melhor administrar o medicamento. Foi inocentada, mas a sentença absolutória chegou tarde demais, como, aliás, sói acontecer em nosso País, de Justiça atrasada e lenta, portanto injusta: "*a menina já tinha quase morrido na cadeia, já tinha ficado cega de tanto as meninas baterem. E o bebê nem morreu da amoxicilina, morreu da doença que ela tava tratando com o remédio.*"

No seu desespero, ela implorava viver, afirmando que nem ela mesma usava droga, "*como ia dar para o filho? Nunca, nunca!*" Mas não adiantava, "*estouraram os tímpanos dela. Eu entrei em pânico de ver aquele desespero dela, assistir aquela cena horrível*", disse Camila. Ninguém acreditou, nem as presas, nem as policiais. E a menina era inocente.

Por fim, reconto a história de Glicéria, Glicéria Tupinambá, uma índia que morava na Terra Indígena Tupinambá de Olivença, no sul da Bahia. Quando ela foi presa pela Polícia Federal, o avião onde estava acabara de pousar no aeroporto de Ilhéus, vindo de Brasília, onde ela havia se encontrado com o Presidente da República de então, quando denunciou "*que seu povo estava sendo torturado, desaparecido, preso injustamente e cravado de balas.*" Nos braços, ela segurava o seu filho, Erúthawã, com apenas um mês e meio de vida, que nascera "*guerreiro como o Encantado de mesmo nome, e iria lutar junto dela desde o ventre.*" Daquela vez, dentro de uma aeronave, "*não havia mato para o qual fugir e se esconder*", como acontecera tantas outras vezes.

Era um dia de Corpus Christi, a Fundação Nacional do Índio, a FUNAI, estava fechada, e os ativistas de direitos humanos não estavam trabalhando no feriado.

Na saída do aeroporto, ao ver *"meia dúzia de viaturas enfileiradas para escoltá-la"*, disse, rindo para si mesma e para o pequeno Eru *"que dormia em seus braços: nossa, não sabia que eu era assim tão perigosa."*

Já na Delegacia, *"tentaram tomar Eru de suas mãos. Ela esperneou pelo direito de amamentar o seu menino, que não tinha nem dois meses de vida, e disse que só largava ele depois de morta."* Puseram-na, então, com o seu filho, *"numa cela escura e malcheirosa, onde eles se deitaram no chão e foram comidos por mosquitos a noite inteira."*

Levada depois a um estabelecimento penitenciário – misto, de homens e mulheres -, junto com seu filho, *"nas duas primeiras noites dormiram no chão frio."* Não foi mais possível amamentar, pois, certamente por causa do estresse, *"o leite havia empedrado e do peito saía tanto pus que dava medo de amamentar o menino com porcaria."* Neste estado de saúde, e queimando de febre, a Pastoral Carcerária *"conseguiu um médico para atendê-la gratuitamente, mas os carcereiros se recusaram a levá-la à consulta. Só a enchiam de paracetamol para controlar as lamúrias de dor."* Todos cristãos, certamente, como costuma se dar.

Depois de pouco mais de um ano, Glicéria foi absolvida *"por falta de provas"*, e mãe e filho puderam, finalmente, *"refazer a vida e a cadeia virou uma lembrança distante."*

E, ao final do livro, Nana Queiroz, esta jornalista escritora (ou escritora jornalista?), contou o último dos diálogos que tivera, exatamente com Eru, o pequeno Tupinambá, que *"ama o seu povo, a sua mãe, a sua terra e, principalmente, o seu cacique Babau"*, aliás, um ícone na luta pela preservação do povo Tupinambá.

Ele, *"um menino de coração escancarado"*, um dia sugeriu a Nana, *"em uma voz quase interna de tão baixa e avergonhada"*:

_ "Você podia ser a minha namorada."

_ "Mas, Eru, eu já tenho marido", respondeu, mostrando-lhe o retrato do esposo.

Eru olhou desconfiado, "e seus olhinhos se encheram de água e ela percebeu que quebrara seu pequeno coração pela primeira vez na vida."

_ "Nana... você me deu uma vontade de chorar agora...", disse ele.

Ela percebeu, então, que, "de uma forma bem mais bonita, também estava apaixonada por ele."

Foram, como dito acima, sete as mulheres entrevistadas, além de rápidas conversas com outras tantas. Cada uma delas, e todas também, retrata um drama familiar e uma história de vida muito peculiar. Uma vida de sofrimento, culpa, desespero, dor, desamparo, desprezo, violência, falta de carinho, afeto, amor, laços familiares, companheirismo, compreensão, ajuda... São tantas as faltas reveladas neste livro. Afinal de contas, retratou-se a vida como ela é...

A questão é que nós, especialmente da área criminal, e mais particularmente, Juízes e membros do Ministério Público, desconhecemos, por ignorância, má-fé ou maldade, que entre aquelas páginas físicas de um processo criminal, ou nos arquivos digitais dos processos eletrônicos, há uma vida, com toda a complexidade que a condição humana impõe. Sim, há vítimas e há os crimes também, óbvio!, eu o sei, antes que um aventureiro leviano lance mão e jogue a pedra.

E para as presas, a realidade é muito mais cruel. É preciso ler este livro para se saber e se compreender (sobretudo!) que não se pode tratar da mesma maneira presos e presas, pois *"a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeias e as lésbicas*

que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam."

NOTAS:

^[1] Ela trabalhou em diversas publicações, como o jornal Correio Braziliense e as revistas Época, Veja e Galileu. O livro foi publicado pela Editora Record (2ª. edição, 2015).

^[2] Refiro-me aqui a "jornalismo literário" em uma segunda concepção, exatamente como aquele texto jornalístico – sem dúvidas! – em que há uma especial atenção para a linguagem textual. É, por assim dizer, a um só tempo, jornalismo e literatura, com as dimensões estética e semântica. É um texto com valores literários, mas que não perde as características do jornalismo escrito, especialmente a objetividade e o compromisso com a verdade. São ícones deste gênero, dentre vários outros, os americanos Gay Talese e Truman Capote. Como diz a própria autora, no prefácio, *"trouxe meu olfato, meu paladar, minha visão, minha audição e meu tato, mas também meu coração, porque acredito que a realidade não é completa se não é sentida e que os jornalistas fariam relatos melhores se compreendessem os sabores emocionais da realidade."* Eis, inclusive, uma boa definição de jornalismo literário.

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA

DAHIANA SIMAN CARVALHO DA COSTA, Mestre e Doutora em Direito. Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais - UNILESTE/MG

Coautoras:

Ana Luiza Ribeiro, Aluna do curso de Direito do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais - UNILESTE/MG –

Carolina Paes Spinola, Aluna do curso de Direito do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais -UNILESTE/MG

Geovanna Figueiredo Silva Moura, Aluna do curso de Direito do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais -UNILESTE/MG

Resumo: A proposta deste artigo é estabelecer uma melhor compreensão sobre a criminalização da LGBTfobia, tema debatido atualmente no Supremo Tribunal Federal, com fim de produzir um entendimento da dinâmica sociocultural e política no cenário da vivência da população LGBT. Torna-se importante destacar os tipos de violência sofridas por esse grupo, o que interfere diretamente em sua expectativa de vida, bem como apresentar sua situação de vulnerabilidade, uma vez que tem seus direitos suprimidos e suas oportunidades dificultadas e, muitas vezes, até mesmo vetadas. Portanto, objetiva demonstrar a necessidade da criminalização da LGBTfobia, afim de proteger essa parcela da população.

Palavras-Chave: Homofobia; Preconceito; Violência; LGBT; Religiao; Saúde Pública.

1. Introdução:

Neste artigo buscou se conhecer a LGBTfobia, que pode se dar por meio de violência e preconceito sofrido pela população LGBT, sigla que designa as lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros no Brasil, mostrando-se evidente a necessidade da criminalização.

Conforme pesquisa realizada em 2019, pela ONG Transcender Europe (TGEU), o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, fato que evidencia o enraizamento de estereótipos preconceituosos em nossa sociedade. Sendo a LGBTfobia o reflexo dessa realidade, que se faz presente em todos os âmbitos sociais e se exterioriza por meio da violência física e moral, bem como por meio de exclusão e preconceito. (QUEIROGA, 2018, online).

Durante muitos anos foi discutido a inclusão LGBT em diversos aspectos de nossa sociedade. Em 2004 foi criado o Programa Brasil sem Homofobia, na qual buscava a luta pela igualdade e respeito à diferença. Seguindo as mesmas diretrizes do Programa Brasil sem Homofobia, o Ministério da Saúde criou, em 2010, o plano de Política Nacional De Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para fim de que seja implementado no SUS, e, nesse sentido expos: "Mais difícil, entretanto, será a superação do preconceito e da discriminação que requer, de cada um e do coletivo, mudanças de valores baseadas no respeito às diferenças". (POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, 2010).

É importante ressaltar que, em 2019, foi dado início ao julgamento de duas ações que pedem a criminalização da LGBTfobia, por meio do Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.

2. Desenvolvimento:

2.1 Construção da Democracia LGBT.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, em seu preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, segurança e a igualdade, e afirma valores livres de preconceito. No entanto, várias parcelas da população não são amparadas pela garantia desses direitos, uma vez que se encontram em posição de vulnerabilidade devido as condições sociais e econômicas em que estão inseridas.

Um desses grupos que se encontram em desamparo constitucional é o dos LGBT, sua identidade de gênero e orientação sexual os coloca frente a diversas situações de perigo, as quais necessitam da criação de uma Lei infraconstitucional, que os proteja e resguarde seus direitos, como existe, por exemplo, contra o preconceito racial.

A lacuna no ordenamento jurídico brasileiro retarda a conquista de direitos básicos, já amparados legalmente por heterossexuais, como o reconhecimento da união estável, do casamento civil e a adoção por casais homossexuais. Bem como delonga a criação de direitos necessários para a identificação desse grupo, como a aceitação do nome social dos travestis e transexuais e a mudança do registro civil dos transgêneros.

Tabela abaixo mostra a evolução legislativa de inclusão LGBT no Brasil:

ANO	DIREITO ADQUIRIDO
2002	A cirurgia de redesignação sexual do fenótipo masculino para o feminino foi autorizada pelo Conselho Nacional de Medicina. (FÁBIO, 2018, online)
2008	Tal cirurgia passou a ser oferecida pelo Sistema Único de Saúde. (MOURA, 2017, online)
2008	O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mudou o formato da certidão de nascimento tradicional, permitindo o registro de crianças por casais homossexuais. (MOURA, 2017, online)

2009	O Ministério da Saúde permite que o nome social seja utilizado no SUS. (FÁBIO, 2018, online)
2011	O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (MOURA, 2017, online)
2013	O governo federal permitiu o uso do nome social para a inscrição no Exame Nacional do Ensino Médio. (MOURA, 2017, online)
2017	O Conselho Nacional de Justiça (CCJ) aprovou o projeto de lei que altera o Código Civil para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e possibilita a sua conversão em casamento.(MOURA, 2017, online)
2018	O Supremo Tribunal Federal determinou que transtêneros podem alterar em cartório o nome e o registro de sexo presente no registro civil. (FÁBIO, 2018, online)

Assim é evidente o desamparo legal da população LGBT frente as camadas heterossexuais, que sempre desfrutaram de tais direitos conquistados por eles apenas no início do século XXI. Na análise a seguir verifica-se o crescimento de crimes praticados contra o grupo LGBT, não sendo possível ignorar o caráter homofóbico e transfóbico destes atos, sendo extremamente importante a criação de criação de uma legislação específica contra a LGBTfobia, a qual irá criminalizar o ódio e a aversão contra essas pessoas.

2.2 Política Nacional de Saúde LGBT.

A Reforma Sanitária, nascida na década de 70, no contexto contra a ditadura, reuniu ideias de mudanças no setor da saúde nacional , trazendo como sua principal conquista a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), baseado no art. 196 da Constituição Federal de 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 epidemia do HIV gerou, na década de 80, uma maior visibilidade para questões que desrespeitam a saúde LGBT no Brasil, dando início ao apoio à projetos nas áreas da prevenção e combate de doenças sexualmente transmissíveis.

Com a Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, a política LGBT foi instituída no SUS, tendo como objetivo a busca pela equidade dentro desse sistema, reduzindo as desigualdades relacionadas à saúde da população LGBT. O amparo para a redução de tais desigualdades se dá pelo princípio da universalidade que rege o Sistema Único de Saúde, uma vez que é assegurado acesso gratuito aos seus serviços, devendo oferecer todas as modalidades de atendimento que as pessoas necessitam.

É importante ressaltar a necessidade da visibilidade da saúde dos LGBTs, uma vez que, conforme apresentado pelo infectologista Ricardo Vasconcelos “muitas dessas pessoas começam a vida sexual sem apoio familiar e sem receber educação sobre sexo seguro”, influenciando diretamente na contaminação do HIV, pois, além de não terem ajuda familiar eles também sofrem pela limitação de informações, o faz com que esses grupos sejam mais suscetíveis ao contágio do vírus. **(PINHEIRO, 2017, online).**

Na América Latina, o Brasil lidera o ranking com 50% do total das novas infecções e na maioria dos casos, as vítimas são LGBTs. Todavia, o governo tem demonstrado se importar com os fatos. Começando pelo carnaval, ações de prevenção do estado marcaram presença no Lollapalozza e no ano passado (2018), também houve uma campanha de conscientização na Parada do orgulho LGBT, distribuindo quase 29 mil preservativos para a população e chamando a atenção para a necessidade do uso de camisinha, bem como o incentivo a fazer o teste de HIV e o iniciar o tratamento quando detectada a doença. Além disso, o governo também ofertou o PEP, tratamento pós-exposição ao vírus da AIDS, como forma de prevenção à doença. (BERNARDO, 2016, online).

Devido a essa visibilidade, os casos de AIDS e a mortalidade provocada pela epidemia estão caindo no Brasil. No ano de 2018 foi realizado um balanço pelo ministério da saúde no qual registrou uma redução de 16% no número de detecções de AIDS nos últimos seis anos e apontou como causas dessa queda, o acesso facilitado ao teste rápido e a redução do tempo entre o diagnóstico e o início do tratamento. (GARONCE, 2018, online)

2.3 Relatório de violência homofóbica no Brasil:

A Homofobia é definida como aversão, ódio ou rejeição aos homossexuais e, variam desde a violência física, o que pode gerar a morte, até a violência psicológica como apelidar e xingar. Violência essa que ocorre na maioria das vezes em locais públicos, como rodovias, ruas, parques, praças, bares, restaurantes e até em automóveis. Na maioria delas, as vítimas foram assassinadas a tiros, espancadas ou esfaqueadas, mas também há relatórios de assassinato por meio de emprego de fogo, o que se enquadra no rol do homicídio qualificado, art. 121, § 2º, III, do Código Penal.

(HUFFPOST, 2018, online).

É importante ressaltar que o Brasil, é o país que mais mata LGBT no mundo. Segundo Júlio Pinheiro Cardia, ex-coordenador da Diretoria de Promoção dos Direitos LGBT do Ministério dos Direitos Humanos, entre os anos de 1963 e 2018, 8.027 pessoas LGBTs foram assassinadas em razão de sua identidade de gênero e orientação sexual. Cardia, calculando os assassinatos ocorridos de 2011 a 2018 no país, constatou que ocorre 552 mortes por ano, ou seja, a cada 16 horas, um LGBT é executado no Brasil. (SOBRINHO, 2019, online).

O Grupo Gay da Bahia (GGB), é uma organização não governamental que visa a proteção dos direitos dos homossexuais do Brasil. Desde a década de 80, esse grupo é responsável por levantamentos de dados sobre a homofobia em território

Brasileiro, se baseando em fatos noticiados pela imprensa ou pela mídia, e, de acordo com suas pesquisas o Brasil é o primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos LGBTs, totalizando 44% do total de homicídios homofóbicos mundiais. (ARAÚJO, 2017, online).

Outra pesquisa feita pelo Grupo Gay da Bahia, em 2019, revelou que o suicídio entre LGBTs quadruplicou nos últimos dois anos, resultado, muitas vezes, da violência psicológica sofrida pela comunidade. Vale ressaltar, que a chance de um homossexual cometer suicídio é seis vezes maior do que um heterossexual, e, na maioria dos casos, ele é causado pelo tratamento hostil de sua família ou pessoas do seu convívio em detrimento de sua homossexualidade.(PEDRO HMC, 2019, online)

Ainda sobre essa perspectiva, é importante salientar que, segundo a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA), a expectativa de vida, em nosso país, da população LGBT é de aproximadamente 30 anos, o que corresponde a metade da expectativa de vida geral do brasileiro. (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 19). O deputado Jean Wyllys ao participar do 15º Seminário LGBT do Congresso Nacional demonstrou seu descontentamento com o Estado por conta de sua omissão em relação à violência e ao preconceito sofrido por essa minoria, o que influencia na redução considerável da expectativa desse grupo. (Agência Câmara Notícias, 2018, online).

Dado o exposto, é visível a necessidade da criação de uma lei que determine medidas punitivas de crimes contra LGBTs, afim de gerar a diminuição de mortes e opressões contra essa comunidade.

Imagem 1: Homofobia no Brasil

HOMOFOBIA NO BRASIL

Violência ocorre mais entre jovens e com agressores conhecidos

PERFIL DAS VÍTIMAS



Orientação sexual

heterossexuais	1,6%
homossexuais	85,5%
bissexuais	9,5%
não informado	3,4%

Cor/raça

branca	44,5%
negra	52,1%
não informado	-



Vítima conhecia os suspeitos em

62%

dos ataques homofóbicos
> 38,2% eram familiares
> 35,8% eram vizinhos

PERFIL DOS SUSPEITOS



Orientação sexual

heterossexuais	43,9%
homossexuais	9,5%
bissexuais	2,2%
não informado	44,4%

Cor/raça

branca	31,2%
negra	32,3%
não informado	34,9%



*Do total que teve a idade informada
Fonte: Relatório sobre a violência homofóbica no Brasil - Secretaria Nacional de Direitos Humanos

Fonte: Kanno (2017).

Imagem 2:



Fonte: Politize! (2018)

2.4 Religião x LGBTfobia

A recente discussão no Supremo Tribunal Federal, a respeito da criminalização da LGBTfobia, colocou em pauta a divergência entre os limites do

Estado Laico e a manifestação religiosa, na qual alega que tal criminalização violaria a liberdade de expressão, bem como a liberdade religiosa. Uma vez que acredita-se que tal fato limitaria os líderes religiosos de pregarem contra a homossexualidade.

Contrapondo a bancada religiosa, o Ministro Alexandre de Moraes salientou que a criminalização de condutas homofóbicas não irá interferir na liberdade religiosa, considerando que ela também não admite discursos de ódio. (ISTOÉ, 2019, online).

O advogado Paulo Liotti, em concordância com Moraes, também negou que a mudança irá criminalizar a liberdade religiosa:

“Ninguém quer condenar padres e pastores por dizer que a homossexualidade é pecado. O que somos contra é o discurso de ódio. Se um padre me disser respeitosamente que, na sua visão, ser homossexual é pecado, posso não gostar, mas não é crime e jamais seria, mas, se vou a uma igreja e ouço alguém dizer 'afaste-se de mim seu sodomita sujo, saia daqui', isso é um abuso do direito de liberdade religiosa e um discurso de ódio". (O ANTAGONISTA, 2019, online).

Apesar dos pedidos da bancada evangélica, composta pelo deputado Sóstenes Cavalcante (DEM), para que a sessão seja adiada, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, ignorou o apelo e manteve na pauta da Corte, para julgamento de duas ações que tratam da omissão do Congresso em discutir leis que criminalizem a homofobia e transfobia. (GGN, 2019, online).

2.5 Votação do STF sobre a criminalização da LGBTfobia:

Como informado, está sendo discutido no Supremo Tribunal Federal a criminalização da violência e discriminação contra LGBTs, pedindo a equiparação da LGBTfobia ao crime de racismo, essa aprovação iria gerar àquele que ofendesse

ou discriminasse homossexuais ou transgêneros a punição de um a três anos de prisão, tal crime seria imprescritível e inafiançável, assim como ocorre nos crimes de racismo.

Tal discussão é resultado de duas ações que pediam a criminalização de LGBTfobia, o Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, com autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), respectivamente, na qual alega a omissão do Congresso Nacional em relação a legislação sobre o presente assunto.

A esse respeito é preciso considerar que:

A constituição dispõe que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma reguladora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (LENZA, 2016, p.12969).

Conforme exposto no processo MI 4733 DF, o mandado de injunção coletivo, tem como finalidade:

Trata-se de mandado de injunção coletivo, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ABGLT contra o Congresso Nacional, em que se busca obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade. (STF - MI: 4733 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DJE-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013).

Assim, o disposto apresenta falhas de constitucionalidade, a mora legislativa no cumprimento do dever de legislar criminalmente sobre a discriminação dos direitos e liberdades fundamentais, como disposto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade por omissão e a mora legislativa terá, obrigatoriamente, que fixar prazo para ser sanada a omissão.

Conforme entendimento do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara dos Deputados e da Procuradoria Geral da República, não é cabível a impetração do mandado de injunção 4.733, uma vez que é improcedente os pedidos pleiteados no mandato, por atentarem contra o princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, da CF), sendo assim, não há o que se falar quanto a inexistência de omissão inconstitucional, uma vez ausente lei penal que enquadre condutas discriminatórias em desfavor desse grupo social. Aduzindo, por fim, a extinção do feito sem resolução de mérito. (Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2019, online).

Foi iniciada no dia 21 de fevereiro de 2019, a quarta sessão de votação a respeito da criminalização da LGBTfobia, contudo, a mesma contemplo apenas quatro votos de seus onze ministros.

O ministro Celso de Melo, que é relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi favorável ao enquadramento da transfobia e da homofobia no crime de racismo. Segundo ele, "Atos de homofobia e transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendidas em sua dimensão social, o racismo social".

Luiz Edson Fachin, relator do mandado de injunção, afirmou sua procedência, por considerar o Legislativo omissivo quanto as questões em debate e seguiu o voto do relator Celso de Melo. Proferindo em seu voto:

A omissão da lei em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero “ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. (CONSULTOR JURÍDICO, 2019, online)

Ele apontou que tais discriminações atentam contra o Estado Democrático de Direito, assim, com base no fundamento do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal a "lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", torna-se evidente a tipificação do crime de discriminação homofóbica ou tranfóbica, conforme última manifestação do ministro:

A igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade. (CONSULTOR JURÍDICO, 2019, online)

O ministro Alexandre de Moraes proferiu voto favorável a criminalização da LGBTfobia, conforme exposto:

A premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria. (CONSULTOR JURÍDICO, 2019, online)

Para o ministro é evidente a omissão do Congresso Nacional quanto a proteção dos integrantes do grupo LGBT, uma vez que é um grupo tradicionalmente vulnerável e não é amparado por proteção específica.

O último voto realizado antes da suspensão da quarta sessão de votação foi o de Luís Roberto Barroso, também favorável às ações de Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.

Em seu voto o ministro apontou que a votação não abrange apenas a liberdade sexual, como também o direito a vida, que é muitas vezes violado em consequência do preconceito que o grupo LGBT sofre, “Não estamos falando apenas da liberdade sexual, mas também do direito à liberdade psíquica e, muitas vezes, o direito à própria vida dos integrantes da comunidade LGBT” (MARTINELLI, online, 2019) e também afirmou:

“Não escapará a ninguém que tenha olhos a ver e coração para sentir que a comunidade LGBT é claramente um grupo vulnerável vítima de discriminações e de violência. Sendo assim, o papel do Estado é intervir para garantir o direito dessas minorias” (MARTINELLI, online, 2019)

Antes de suspensa a votação Barroso também reitera que a interpretação Constitucional é papel do Supremo Tribunal Federal.

Assim, com unanimidade de 4 votos a favoráveis ao tema em questão, foi suspensa a votação.

Três meses após a suspensão da quarta sessão de votação da criminalização da LGBTfobia, o Supremo Tribunal Federal, em 23 de maio de 2019, retomou o julgamento das ações do Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.

A sessão contou com os votos Rosa Weber e Luiz Fux, na qual se posicionaram a favor do enquadramento das condutas discriminatórias contra

homossexuais e transexuais na Lei 7.716/89, uma vez que tais condutas se condizem com o exposto no art. 1º da citada lei:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Em seu voto, Rosa Weber expôs:

A mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta está devidamente demonstrada. A existência de projetos de lei não afasta a mora inconstitucional, que somente se dá com a efetiva conclusão do processo legislativo. (ESTADO DE MINAS, 2019, online)

Assim, conforme manifestado em seu voto, a ministra Rosa Weber entende que há mora do Poder Legislativo, uma vez que a Constituição, desde sua promulgação em 1998, determinou ao Congresso a aprovar leis que punam comportamentos discriminatórios, como o tema em questão.

Luiz Fux também se manifestou a favor do reconhecimento da omissão do Legislativo e do enquadramento da homofobia no crime de racismo. E se manifestou sobre o índice alarmante da violência aos LGBT, "depois de termos passado os horrores do nazifascismo e do Holocausto, nunca mais se imaginou que o ser humano poderia ser vítima dessa discriminação em alto grau de violência" (LEITE, 2019, online). Do mesmo modo, afirmou que tais agressões não são atos isolados, "A homofobia se generalizou, muito embora, quando o STF julgou a união homoafetiva, as cenas de violência explícita homofóbicas diminuíram" (ESTADO DE MINAS, 2019, online).

Até o momento, foram apurados os votos dos ministros, Celso de Mello, Edson Fachi, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, ambos

favoráveis ao enquadramento da homofobia e transfobia ao crime de racismo. A quinta sessão foi suspensa.

Em 13 de junho foi retomado a quinta sessão de votação à respeito da criminalização da LGBTfobia, as quais contaram com o voto da Ministra Cármen Lúcia, bem como Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

A ministra Cármen Lúcia foi a responsável por abrir o voto na corte e, assim como os outros ministros, defendeu a equiparação da LGBTfobia aos crimes de racismo e afirmou que o Supremo Tribunal Federal deve proteger o direito do ser humano à convivência pacífica.

A ministra também discorreu sobre a discriminação que ocorre dentro de casa, onde a família se torna parte desse preconceito. Conforme exposto em seu voto:

Todo preconceito é violência. Toda discriminação é causa de sofrimento, mas aprendi que alguns preconceitos causam mais sofrimentos que outros, porque alguns são feridas curtidas já em casa, na qual a discriminação castiga a pessoa desde o seu lar, afasta pai de filho, irmãos, amigos, pela só circunstância de tentar viver o que se tem como sua essência e que não cumpre o figurino sócio-político determinante e determinado. (DIÁRIO DE NOTÍCIAS, 2019, online)

Em seguida, Ricardo Lewandowski apresentou seu voto e, por sua vez, se posicionou contra a criminalização da homofobia, apesar de considerar o Congresso omissor quanto ao exercício de direitos e liberdades individuais. Para o ministro, a criminalização não é papel do STF, por ser função do Poder Legislativo. Conforme exposto:

Estamos aqui a tratar a necessidade de mudanças culturais complexas que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado. (MARIANA OLIVEIRA, 2019, online)

Em seu voto, Gilmar Mendes expôs:

A orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. (CONSULTO JURÍDICO, 2019, online)

Assim, conforme apresentado, o ministro é a favor da criminalização, por acreditar que a falta de uma legislação específica causa restrições aos direitos fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana.

O ministro Marco Aurélio, assim como Ricardo Lewandowski, se posicionou contra a equiparação da LGBTfobia ao crime de racismo, por pressupor que o STF não tem o poder de criar leis. Assim relatou:

Não há crime sem lei que o defina. É um passo demasiadamente largo que eu não dou. A normatização cumpre ao Congresso, o monopólio da força é do Estado, e mediante decisão judicial não se pode chegar a tanto. Agora, já há a maioria, né? Estou com meu voto preparado, aguardando a minha vez de votar. (Ketryn Carvalho, 2019, online)

O último ministro a votar foi Dias Toffoli, o qual acompanhou os votos de Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Todos os votos proferidos, mesmo com divergência, reconhecem o repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e à violência por razões de orientação sexual. Estamos aqui a dar efetividade à Constituição. [...] Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentar esse tema em 2019. (MARIANA OLIVEIRA, 2019, online)

Foi encerrado a votação e, com maioria de votos, foi aprovado a criminalização da LGBTfobia, assim, será utilizada, provisoriamente a legislação dos crimes de racismo para punir praticas homofóbicas e transfóbicas, até que o Congresso Nacional crie leis específicas sobre o tema.

3. Considerações Finais:

O Brasil é um país heteronormativo, termo que caracteriza a não aceitação de orientações sexuais diferentes de heterossexual, o que gera, como já descrito anteriormente, a marginalização da sociedade na prática da LGBTfobia, que resulta, muitas vezes, em violência física e psicológica contra a população LGBT.

Conforme demonstrado, os dados evidenciam a desinformação e o preconceito em que o Brasil ainda se encontra. Um dos desafios básicos é a construção de uma sociedade informada para que não haja discriminação e que podemos respeitar a liberdade de cada um, para isso é necessário tomar medidas em vários pontos como: medidas educativas, oportunidades de participação políticas e serviços públicos de saúde, segurança e justiça.

Neste sentido é evidente a necessidade da criação de uma lei que proteja e garanta os direitos da população LGBT, sendo cabível ao Estado processar e punir qualquer tipo de violência que se baseie na orientação social do individuo, dando a ele o direito a uma vida livre de intolerância.

4. Referências Bibliograficas:

ARAÚJO, Thiago. Crime por homofobia no Brasil responde por 44% dos casos letais em todo o mundo. Disponível em: <<https://www.huffpostbrasil.com/2014/09/30/crime-por-homofobia-no-brasil-responde-por-44-dos-casos-letais-a-21665212/>>. Acesso em: 16 de Abril de 2019.

BERNARDO, André. Doenças sexualmente transmissíveis não param de crescer. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/bem-estar/numero-de-infecoes-sexualmente-transmissiveis-nao-para-de-crescer/>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia:

Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de apoio à Gestão Participativa. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Portaria nº 2.836, de 1 de dezembro de 2011 - Brasília: 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional da Cidadania. Manual Orientador sobre Diversidade. Brasília, DF, 2018. p 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção (MI 4733 DF). Partes: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT, PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, CONGRESSO NACIONAL, ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Distrito Federal, 23 de Outubro de 2013.

CARVALHO, Katryn. "Não há crime sem lei que o defina", Marco Aurélio diz que STF não pode criminalizar homofobia. Disponível em: <<https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2019/06/stf-decide-criminalizar-lgbtobia-e-congresso-tera-que-criar-leis-pro-diversidade>>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Leia o voto do ministro Alexandre de Moraes na criminalização da homofobia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-28/leia-voto-alexandre-moraes-criminalizacao-homofobia>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Leia o voto do ministro Fachin sobre a criminalização da homofobia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/leia-voto-ministro-fachin-criminalizacao-homofobia>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Leia o voto do ministro Gilmar Mendes sobre a criminalização da homofobia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/leia-voto-gilmar-mendes-criminalizacao-homofobia>>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Supremo Tribunal do Brasil criminaliza homofobia como forma de racismo. Disponível em: <<https://www.dn.pt/lusa/interior/supremo-tribunal-do-brasil-criminaliza-homofobia-como-forma-de-racismo-11008682.html>>. Acesso em 18 de junho de 2019.

ESTADO DE MINAS. STF tem maioria a favor da criminalização da homofobia. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/05/23/interna_politica,1056178/stf-tem-maioria-a-favor-da-criminalizacao-da-homofobia.shtml>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

FABIO, André. *A trajetória e as conquistas do movimento LGBT brasileiro*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/06/17/A-trajet%C3%B3ria-e-as-conquistas-do-movimento-LGBT-brasileiro>>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

GGN, Jornal. Toffoli ignora bancada evangélica e mantém homofobia na pauta de hoje do STF. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/toffoli-ignora-bancada-evangelica-e-mantem-homofobia-na-pauta-de-hoje-do-stf/>>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

GARONCE, Luiza. Brasil registra queda de 16% no número de detecções de Aids. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/11/27/brasil-registra-queda-de-16-no-numero-de-deteccoes-de-aids.ghtml>>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

HUFFPOST BRASIL. *Brasil continua líder no ranking de países que mais matam transexuais, diz ONG*. Disponível em: <<https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/14/brasil-continua-lider-no-ranking-de-paises-que-mais-mata-transexuais-diz-ong-a-23589407/>> Acesso em 16 de abril de 2019.

ISTOÉ. Moraes: criminalização da homofobia não interfere na liberdade religiosa. Disponível em: <<https://istoe.com.br/moraes-criminalizacao-da-homofobia-nao-interfere-na-liberdade-religiosa/>>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

KANNO, Mario. Homofobia no Brasil. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2014/11/E9-PED02-02.jpg>>. Acesso em: 16 de Abril de 2019.

LEITE, Marcela. Fux compara homofobia a Holocausto em voto no STF a favor de criminalização. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/23/ministro-luiz-fux-compara-homofobia-ao-holocausto-em-votacao-no-stf.htm>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 20ª ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

MARTINELLI, Andréa. Criminalização da LGBTfobia como racismo tem 4 votos a favor no STF. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/lgbtfobia-voto-stf-crime_br_5c6f14efe4b0e37a1ed64609> Acesso em: 28 de maio de 2019.

MHC, Pedro. *Suicídio entre LGBTs quadruplica em 2 anos no Brasil*. Disponível em: <<https://poenaroda.com.br/diversidade/suicidio-entre-lgbts-quadruplica-em-2-anos-no-brasil/>> Acesso em: 16 de abril de 2019.

Ministério dos Direitos Humanos. Manual Orientador sobre Diversidade. Brasil, 2018.

MOURA, Julia. *7 conquistas – e um grande desafio – dos LGBT nos últimos 20 anos*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/7-conquistas-e-um-grande-desafio-dos-lgbt-nos-ultimos-20-anos/>>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

NOTÍCIAS, Agência Câmara. *Preconceito e violência reduzem expectativa de vida de LGBTs, dizem participantes de seminário*. Disponível em: <<https://www.douradosagora.com.br/noticias/politica/preconceito-e-violencia-reduzem-expectativa-de-vida-de-lgbts>> Acesso em: 16 de abril de 2019.

O_ANTAGONISTA_ "Ninguém quer condenar e prender padres e pastores". Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/ninguem-quer-condenar-e-prender-padres-e-pastores/>>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Mariana. STF permite criminalização da homofobia e da transfobia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml>>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

PINHEIRO, Chloé. Saúde, *Homens jovens ou homossexuais ainda são as grandes vítimas do HIV*. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/homens-jovens-ou-homossexuais-ainda-sao-as-grandes-vitimas-do-hiv/>> Acesso em: 17 de abril de 2019.

POLITIZE! LBGT FOBIA NO BRASIL: RELATÓRIO, NÚMEROS E POLÊMICAS. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>>. Acesso em 16 de abril de 2019.

Presidência Da República Secretaria Especial Dos Direitos Humanos. Texto-Base Da Conferência Nacional De Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis E Transexuais. Brasília, 2007.

QUEIROGA, Louise. Brasil segue no primeiro lugar do ranking de assassinato de transexuais. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-segue-no-primeiro-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais-23234780>> Acesso em: 15 de abril de 2019.

SOBRINHO, Wanderley Preite. *Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>> Acesso em: 16 de abril de 2019.

COMENTÁRIOS SOBRE A PENA DE PERDA DA DELEGAÇÃO AO NOTÁRIO E AO REGISTRADOR

FREDERICO COSTA BEZERRA:
Analista Judicial TJPI. Bacharel em Direito pela FACID e Especialista em Direito Processual pela UESPI.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar à comunidade jurídica algumas informações básicas sobre o regime disciplinar aplicado aos notários e registradores, em especial sobre a pena de perda da delegação.

Palavras-chave: Notários. Registradores. Perda da delegação.

Dos notários e registradores

Os notários e registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem são delegados o exercício da atividade notarial e de registro. Esta é a definição legal destes agentes públicos constante da redação do art. 3º da Lei dos Cartórios (Lei nº 8.935/94). São popularmente conhecidos como “os donos dos cartórios”. Para eles, o Poder Público transfere o exercício da função pública de promoção de segurança às relações jurídicas, bens e fatos jurídicos que importam às pessoas e ao direito.

Sobre o assunto, pela relevância, colho trecho retirado do acórdão lavrado pelo Min. Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal - STF, na oportunidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2.415:

Regime jurídico dos servidores notariais e de registro. Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da

permissão, normadas pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos. A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público. Para se tornar delegatária do poder público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público. Cuida-se ainda de atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito. Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no

âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos esses a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal. (...) As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (...) Tendo em vista que o STF indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. Adoção da tese da norma jurídica "ainda constitucional". Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do

delegatário, máxime a ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo para o recrutamento de novos delegatários.

[ADI 2.415, rel. min. Ayres Britto, j. 10-11-2011, P, DJE de 9-2-2012.]

Para a disciplina do relevante serviço extrajudicial prestado pelos notários e registradores, a Constituição Federal reservou apenas um artigo:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Da remuneração

Quanto à remuneração dos notários e registradores, o art. 28 da Lei de Cartórios destaca o direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia. São, portanto, remunerados pelos emolumentos (que têm jurídica de taxa), pagas pelos usuários dos serviços extrajudiciais. Destaca-se que,

por vezes, os referidos agentes públicos recebem altíssimas remunerações e não estão sujeitos ao teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, qual seja, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, a arrecadação da 11ª Serventia de Registro de Imóveis de São Paulo (SP) foi de R\$ 37.157.534,95 (trinte e sete milhões, cento e cinquenta e sete mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e cinco centavos)[1] no primeiro semestre do ano de 2019.

Do regime disciplinar

De outro canto, destaca-se que a atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. Por esta razão, os referidos agentes públicos estão também sujeitos ao regime disciplinar público. Desta forma, acaso pratiquem infrações administrativas, ficam submetidos, após o devido processo legal, às penalidades previstas em lei.

Neste ponto, aponta-se que o regime jurídico disciplinar público está sujeito a obediência a diversos princípios. Quanto ao tema, pela didática, destaco trecho retirado do Manual de Processo Administrativo Disciplinar elaborado pela Controladoria Geral da União[2]:

Na tarefa da promoção da responsabilização mediante processo administrativo disciplinar deve atentar-se não somente aos princípios básicos da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal. O processo administrativo disciplinar deve observância aos demais princípios acutelados na Carta Magna. Desta forma, aos princípios setoriais expressos na Carta Magna somam-se os de caráter mais amplo, ligados aos direitos individuais e aos

processuais, cujos de maior relevância encontram-se elencados a seguir: (...)

Princípio do Devido Processo (...)

Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório (...)

Princípio do Informalismo Moderado (...)

Princípio da Verdade Real (...)

Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade (...)

Princípio da Motivação (...)

Observado os princípios acima apontados, ao final de Processo Administrativo Disciplinar – PAD, se configurada alguma infração administrativa, como possíveis penalidades a serem impostas aos notários e registradores, cumpre transcrever os arts. 32 a 36 da Lei dos Cartórios (Lei nº 8.935/94):

Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas:

I - repreensão;

II - multa;

III - suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta;

IV - perda da delegação.

Art. 33. As penas serão aplicadas:

I - a de repreensão, no caso de falta leve;

II - a de multa, em caso de reincidência ou de infração que não configure falta mais grave;

III - a de suspensão, em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave.

Art. 34. As penas serão impostas pelo juízo competente, independentemente da ordem de gradação, conforme a gravidade do fato.

Art. 35. A perda da delegação dependerá:

I - de sentença judicial transitada em julgado; ou

II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

§ 1º Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36.

§ 2º (Vetado).

Como se constata, no caso de falta leve, deve ser aplicada a pena de repreensão (art. 33, I). No caso de reincidência de ilícitos leves ou então na prática de infração que não configure falta mais grave, a pena prevista é a de multa (inc. II). A de suspensão é aplicada no caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave (inc. III). Finalmente, na gradação das sanções, a hipótese de aplicação da pena de perda da delegação, a mais severa das penalidades, não é disciplinada pela Lei dos Cartórios. Há uma verdadeira lacuna normativa legal federal.

Tal fato não é desejável, mormente se considerado os reflexos da aplicação da pena de perda da delegação. A título de exemplo imagine o desfalque financeiro que a referida penalidade representaria ao registrador da 11ª Serventia

de Registro de Imóveis de São Paulo (SP). De mais a mais, a falta de normatividade em âmbito federal abre espaço ao casuísmo jurisdicional. Para ilustrar, veja-se a emenda dos seguintes julgados, em que se aplicou a pena de perda da delegação:

Processo administrativo disciplinar. Tabelionato de Notas. Não recolhimento de emolumentos, tributos e contribuições previdenciárias. Gerenciamento administrativo e financeiro da serventia extrajudicial que é de responsabilidade do Tabelião. **Conduta dolosa, praticada de forma reiterada ao longo de vários anos. Culpa lato sensu configurada. Gravidade das infrações praticadas. Cabimento da pena de perda da delegação.** CGJSP - PROCESSO: 142.803/2018. – destacou-se.

Processo Administrativo Disciplinar – Rito do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo. Demonstração jurídica da atuação dolosa da Titular da Delegação na realização, de forma reiterada, de diversos atos notariais fora do município para o qual recebeu a delegação, com indicação inverídica no instrumento público do local de efetivação do ato notarial. Irregularidades nos livros notariais e no lançamento de despesas indevidas no Livro Diário da Receita e da Despesa. **Pena de Perda da Delegação mantida por ser razoável e proporcional aos fatos imputados pela Portaria e provados nos autos** – Preliminar rejeitada e recurso não provido. CGJSP - RECURSO ADMINISTRATIVO: 0000160-64.2018.8.26.0076 – destacou-se.

Observe-se nos casos apresentados a penalidade de perda da delegação é fundamentada na “gravidade das infrações praticadas” e na razoabilidade e proporcionalidade, conceitos estes que são de elevada subjetividade.

A lacuna normativa federal se traduz, ao que parece, em ofensa ao princípio da legalidade, princípio este que anima todo o Direito Administrativo, inclusive, e principalmente, em seu âmbito disciplinar.

A doutrina penal^[3], aqui aplicável pela gravidade das penalidades administrativas, aponta que o princípio da legalidade se desdobra em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) reserva legal (*lege scripta*); c) proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*); d) taxatividade da lei (ou mandato de certeza — *lege certa*).

Voltando à leitura das ementas ao norte citadas, não é difícil constatar a existência de ofensa ao princípio da legalidade. Não há conduta previamente tipificada a justificar a pena e as razões apresentadas nos julgados selecionados são de elevada incerteza.

Por outro lado, cumpre destacar que em alguns Estados existe disciplina legal para aplicação da pena de perda da delegação.

No Estado do Paraná existe a Lei Estadual nº 14.277/2003, que traz, em seu art. 196, V, as seguintes hipóteses para aplicação da pena de perda da delegação:

Art. 196. São cabíveis penas disciplinares de:

(...)

V - perda da delegação nos casos de:

- a) crimes contra a administração pública;
- b) abandono da serventia por mais de trinta (30) dias;
- c) transgressão dolosa a proibição legal de natureza grave.

No Estado do Piauí, por sua vez, verifica-se a existência da Lei Complementar Estadual nº 234/2018 que aponta as seguintes hipóteses de perda da delegação:

Art. 39. A perda da delegação, decorrente de processo administrativo, ocorrerá nos seguintes casos:

I - violação das proibições contidas nos incisos XII a XVII do art. 30;

II - a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência;

III - rasurar, fraudar ou inserir dados e informações falsas em ato notarial ou de registro;

IV - omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades, inclusive fazendárias;

V - fraudar a fiscalização do Poder Judiciário ou de autoridades fazendárias, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

VI - falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular;

VII - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

VIII - tenham praticado atos ilícitos visando frustrar a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos;

IX - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei no 9.534, de 1997;

X - a conduta atentatória às instituições notariais e de registro;

XI - demonstrem não possuir idoneidade para desempenhar a atividade notarial e de registro.

Parágrafo único. Quando a inflação for punível com a perda da delegação, o juízo competente solicitará previamente, a suspensão do notário ou oficial de registro.

Andou bem o Poder Judiciário, a quem compete a iniciativa do projeto de lei, e o Poder Legislativo dos referidos Estados ao disciplinarem as hipóteses de penalidade de perda da delegação aos notários e registradores. Tal atitude promove segurança jurídica e enseja homenagem ao princípio constitucional da legalidade.

Entretanto, seria louvável que a referida disciplina se desse em âmbito federal, pois os serviços extrajudiciais, e sua disciplina geral, deve ser única em todo o território nacional.

Com estes breves comentários, concluí-se que falta, em âmbito nacional, uma disciplina que atenda ao princípio da legalidade quando o tema abordado é a pena disciplinar de perda da delegação aplicada aos notários e registradores, que são agentes públicos promotores de segurança jurídica e de suma importância para as relações jurídicas em geral.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Lei dos Cartórios. Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.415 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 de novembro de 2011.

BRASIL. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Controladoria-Geral da União. 2017.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral do Estado de São Paulo. PROCESSO: 142.803/2018. Jurisprudência Registral e Notarial. São Paulo.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral do Estado de São Paulo. RECURSO ADMINISTRATIVO: 0000160-64.2018.8.26.0076. Jurisprudência Registral e Notarial. São Paulo.

PARANÁ. Lei Estadual nº 14.277/2003. Paraná. 2003.

PIAUI. Lei Complementar Estadual nº 234/2018. Piauí. 2018.

ESTEFAM, RIOS GONÇALVES, Direito penal esquematizado: parte geral - 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Justiça Aberta do CNJ. Disponível em http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/? – acesso em 19 de julho de 2019

NOTA:

[1] Fonte: http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/? – acesso em 19 de julho de 2019

[2] **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Controladoria-Geral da União . 2017. Pág. 15. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-versao-janeiro-2017.pdf/@@download/file/Manual%20PAD%20-%20Vers%C3%A3o%20Janeiro%202017.pdf>

[3] **Direito penal esquematizado: parte geral** / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 117

LIMITES DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NA LEI 13.467/2017

DANIELA SERRA DE MELLO MARTINS:

Graduanda em direito pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os dispositivos 611-A e 611-B instituídos pela Lei n. 13.467, com o intuito de encontrar os limites da prevalência entre o negociado e o legislado. Para isso, procurou-se analisar o quadro normativo constitucional atual, considerando-se os princípios que regem o ordenamento brasileiro. A análise dá-se pela contraposição das razões pelas quais as alterações trazidas pela lei 13.467/2017 foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Coletivo do Trabalho. Direitos Fundamentais. Lei 13.467/2017. Artigos 611-A e 611-B.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contextualização da moldura constitucional atual. 2. A interpretação do artigo 611-A e 611-B. 3. O objetivo constitucional das negociações coletivas. 4. Os limites da negociação coletiva. 4.1 Princípio da norma mais favorável. 4.2. Princípio da adequação setorial negociada. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO:

Em 2017, em meio a diversas polêmicas, a Lei n. 13.467, ou Lei da Reforma Trabalhista, trouxe importantes alterações para o Direito Coletivo do Trabalho. Os artigos 611-A e 611-B estenderam as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado, no âmbito de negociações coletivas. Por isso, é

necessário delimitar a esfera de aplicação de tais artigos para impedir a violação de princípios constitucionais.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA MOLDURA CONSTITUCIONAL ATUAL

Com o intuito de compreender melhor as questões controversas inseridas no debate sobre a Lei da Reforma Trabalhista, faz-se necessário uma contextualização do paradigma constitucional atual. Afinal, todo o sistema legal brasileiro é subordinado à Constituição Federal (inclusive a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017^[1]).

A moldura constitucional atual é o resultado de um processo histórico. Inicialmente, o intuito das Constituições era proteger, unicamente, as liberdades individuais. Assim, vigorava uma espécie de constitucionalismo excludente, em que diversos grupos da sociedade ficavam à margem dos avanços e proteções jurídicas^[2].

Foi por meio da influência de Constituições como a mexicana, de 1917, e alemã de 1919 (Constituição de Weimar) que os direitos sociais começaram a ganhar espaço. Em 1988, o Estado Democrático de Direito se consolidou, no Brasil, com a nova Constituição Federal^[3].

Entre as inovações qualitativas essenciais do novo constitucionalismo encontram-se, ilustrativamente: a consagração da matriz principiológica das novas constituições; a institucionalização da natureza normativa dos princípios jurídicos; a estruturação de um rol de princípios humanísticos e sociais imperativos, todos apontando para a centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica; o aprofundamento e sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade

política e da sociedade civil; a extensão da ideia de Democracia para além do simples campo do Estado e de suas instituições, de maneira a fazê-la presente também no âmbito das instituições da vida social, econômica e privada.^[4]

Nesta nova moldura, o Direito do Trabalho ganhou a função de democratizar as relações de poder entre empregadores e trabalhadores e o Direito Coletivo do Trabalho com objetivo de agregar direitos^[5].

O direito Coletivo do Trabalho e suas instituições emergiram na História Ocidental como instrumentos de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho das pessoas humanas trabalhadoras, como mecanismos de elevação das condições de pactuação da força de trabalho no sistema econômico capitalista^[6].

Por isso, o legislador deve utilizar os princípios constitucionais, e o patamar mínimo de direitos exigido pela Constituição, como parâmetros quando da atividade legislativa.

3. A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 611-A e 611-B

Sem dúvida, uma das mais importantes mudanças trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista, foi a prevalência mais extensa do legislado sobre o negociado. Com os artigos 611- A e 611-B, modificou-se o escopo das negociações coletivas, de maneira que se tornou possível a supressão de direitos e garantias dos trabalhadores.

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]

O artigo 611-A propõe um rol exemplificativo das hipóteses em que o negociado deve prevalecer sobre o legislado. Porém, sem ressaltar que sua aplicação deve se dar apenas quando fixar termos mais benéficos aos trabalhadores. Ou seja, sem estabelecer que caso o negociado seja menos favorável do que o legislado, a lei deverá prevalecer. Segundo Maurício Godinho Delgado:

O artigo 611-A [...] promove alargamento extremado e desproporcional dos poderes da negociação coletiva trabalhista, em particular no que toca à sua nova prerrogativa de deteriorar as condições contratuais e ambientais de trabalho^[7]

O artigo 611-B, por sua vez, propõe uma enumeração taxativa dos casos em que há proibição de supressão ou redução de direitos. Ou seja, coloca limite de supressão de direitos apenas em determinadas hipóteses.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos [...]

O problema é justamente a incompletude deste rol que pretende ser taxativo. Pois restringe a supressão de direitos apenas em alguns casos, o que, na prática, pode significar a uma proteção legal insuficiente^[8].

A justificativa para tal alteração pode ser encontrada nas razões do projeto de lei 6.019, onde é trazida a ideia de valorização das negociações coletivas^[9]. Isso porque há direito de reconhecimento de acordos e convenções coletivas previsto pelo artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Contudo,

fato é que os citados artigos deturpam a função da negociação coletiva, desrespeitaram os limites constitucionais.

Afinal, para que a aplicação desses seja conforme a Constituição, deve-se considerar que a prevalência do negociado sobre a lei apenas nos casos em que "*(...) não atinge (...) temas que estejam previstos na norma constitucional, por tratados de direitos humanos, ou normas complementares^[10]*".

4. O OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS:

A Constituição de 1988 deu um novo papel às negociações coletivas. Antes, essas eram a exceção na resolução de conflitos coletivos. Agora, passaram a ser a regra. A negociação coletiva é instrumento de nivelamento daqueles que se encontram em níveis desiguais. Assim, busca a realização de igualdade e justiça social. Portanto, não pode servir para diminuir, ou suprimir, direitos.

Não é um poder ilimitado, está condicionada à promoção de direitos trabalhistas^[11].

Por isso, a Constituição Cidadã buscou dar-lhes um papel central no direito coletivo do trabalho, permitindo que os sindicatos complementam a legislação. Procurou-se realizar a democracia no âmbito do direito coletivo do trabalho, uma vez que é impossível a previsão legislativa de todas as peculiaridades inerentes às diversas categorias^[12].

5. OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As negociações coletivas encontram limites claros delimitados em previsões constitucionais. Conforme Maurício Godinho:

[...] em vista do disposto na Constituição da República, ostenta a negociação coletiva amplos poderes; **porém não se trata jamais de um superpoder da sociedade**

civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do País (grifos nossos).

É fato que a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 7º, o nível mínimo relativo aos direitos dos trabalhadores. Em seu inciso XXVI, fixa o direito ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Contudo, o inciso XXVI não pode ser lido isoladamente, pois está inserido no contexto principiológico trazido pela Constituição. O referido inciso não pode ser interpretado como se fosse possível o reconhecimento irrestrito das negociações.

Dessa forma, para que a interpretação do inciso XXVI esteja em consonância com os princípios constitucionais, os acordos e convenções coletivas devem agregar direitos, elevar o patamar mínimo imposto pela legislação. Não pode haver espaço para precarização do trabalho. Especialmente sem que haja a devida compensação, que foi dispensada pelo § 2º do Artigo 611- A¹³¹.

O requisito para o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas é a harmonia com as restantes previsões constitucionais. Essas desdobram-se por meio dos princípios, principalmente, no princípio da norma mais favorável e o da adequação setorial negociada. Conforme veremos.

5.1 Princípio da norma mais favorável:

O princípio da norma mais favorável, fundamental no direito do trabalho, estabelece que a norma superior será aquela norma mais favorável ao trabalhador. Ou seja, sempre deverá ser aplicada a norma que trazer mais direitos ao empregado. Dessa forma, a hierarquia das normas sempre dependerá do nível de proteção que estas garantem¹⁶. Tal fato torna inadmissível a ideia de que é possível fazer prevalecer uma norma menos favorável no quadro de uma negociação coletiva^[14].

5.2 Princípio da adequação setorial negociada:

Ademais, o princípio da adequação setorial negociada também limita o conteúdo do acordado em negociações coletivas. Permite a prevalência do negociado apenas cumpridos dois requisitos, sejam eles: quando o padrão de direitos por ele estabelecido, for superior ao patamar estabelecido pela legislação; quando o acordado não tratar de direitos justralhistas de indisponibilidade absoluta. Segundo Maurício Godinho Delgado:

[...] Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. **São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de**

indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)^[15]. (grifos nossos)

A redução destes direitos não é possível mediante negociação coletiva, por ser contra a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, princípios previstos nos artigos 1º e 170 da Constituição^[16]. Conforme Amauri Cesar Alves:

O novo art. 611-A da CLT não tem o condão de afastar a origem constitucional do princípio da adequação setorial negociada, que assegura que a norma autônoma não será aplicada se seu conteúdo agride o patamar civilizatório mínimo fixado por normas heterônomas, com destaque para os princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais. Trata-se da preservação do princípio, que tem fundamento constitucional, em detrimento da regra infraconstitucional^[17].

Logo, se o patamar mínimo garantido pela Constituição Federal for desrespeitado, não há de se falar em validade do acordo ou convenção coletiva.

6. CONCLUSÃO:

A prevalência do acordado por meio de negociação coletiva encontra limites nas garantias constitucionais. O inciso XXVI, do artigo 7º, da Constituição, que estabelece o direito ao reconhecimento de convenções e acordos coletivos, não pode ser lido isoladamente. Há de se respeitar o quadro principiológico no qual o inciso está inserido.

A valorização da negociação coletiva foi instituída pela Constituição Federal com o objetivo de democratizar as relações trabalhistas. A ideia foi permitir que os trabalhadores participassem do processo decisório que cria normas a eles aplicadas. Isso tudo por meio de negociações, intermediadas pelos sindicatos.

Porém, a maneira como a Lei n. 13.467 pretendeu fazê-lo, nos artigos 611-A e 611-B não está em consonância com as previsões da Constituição brasileira. A alteração estendeu de forma exagerada o limite da negociação coletiva. Uma vez que autorizou a supressão de direitos dos trabalhadores a pretexto de permitir a prevalência da liberdade negocial.

Dessa maneira, desrespeitou o objetivo constitucional da negociação coletiva; o princípio da norma mais favorável e a hierarquia de normas no direito do trabalho; além do princípio da adequação setorial negociada. Desconsiderou que a aplicação dos artigos 611-A e 611-B só pode se dar nas balizas criadas pela Constituição.

7. REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O negociado sobre o legislado: os arts. 611-A e 611-B da Lei

n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Editora CRV. Curitiba - Brasil 2018. p. 33 a 54.

ALVES, Amauri *Cesar*. Reforma Trabalhista e os Desafios do Sindicalismo: Perspectivas de Atuação pela Via da Interpretação Jurídica. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. v. 29,

n. 353, Novembro 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 20 de maio 2019.

BRASIL. Projeto de lei 6.787/2016 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filenam e=PL+6787/2016 Acesso em: 21/05/2019, 09:30.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da adequação setorial negociada.

Vocabulário

jurídico. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=PRINC%C3%8DPIO%20DA%20ADEQUA%C3%87%C3%83O%20SETORIAL%20NEGOCIADA> Acesso em: 20/05/2019, 22:59

CAETANO, Vanessa de Oliveira. O negociado sobre o legislado: uma via para a modernização ou para a precarização do trabalho? Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 36. n.422. 2019, p. 75-92.

DELGADO, Maurício Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: novos comentários à Lei n.13.467/2017. 1ª edição. São Paulo. Editora LTDA. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16 ED. REV. E AMPL. São Paulo. Editora LTDA. 2017.

STUDART, Ana Paula Didier. O negociado sobre o legislado: Uma análise dos aspectos positivos e negativos dessa mudança. Revista de Direito do Trabalho, vol. 197/2019. Jan / 2019. p. 33 - 55.

NOTAS:

^[1] DELGADO, Maurício Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: novos comentários à Lei n.13.467/2017. p.2

^[2] Ibidem. p. 23e 24

^[3] Ibidem. p. 25 e 26

^[4] Ibidem. p. 27

^[5] Ibidem. p. 40

^[6] Ibidem. p. 44

[7] Ibidem. p. 254.

[8] Ibidem. p. 270

[9]

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016

[10] DELGADO, Maurício Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: novos comentários à Lei n.13.467/2017. p. 255

[11] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O negociado sobre o legislado: os arts. 611-A e 611-B da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017

[12] STUDART, Ana Paula Didier. O negociado sobre o legislado: Uma análise dos aspectos positivos e negativos dessa mudança. 2019.p. 11.

[13] Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei

quando, entre outros, dispuserem sobre: § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico

[14] CAETANO, Vanessa de Oliveira. O negociado sobre o legislado: uma via para a modernização ou para a precarização do trabalho? 2019. p. 78.

[15]

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=PRINC%C3%8DPIO%20DA%20ADEQUA%C3%87%C3%83O%20SETORIAL%20NEGOCIADA>

[16] STUDART, Ana Paula Didier. O negociado sobre o legislado: Uma análise dos aspectos positivos e negativos dessa mudança. 2019. p. 11.

[17] ALVES, Amauri Cesar. Reforma Trabalhista e os Desafios do Sindicalismo: Perspectivas de Atuação pela Via da Interpretação Jurídica. 2018.

A INVIABILIDADE DA VEDAÇÃO À ADESÃO A ATAS POR ÓRGÃOS NÃO PARTICIPANTES NOS PREGÕES SRP NO ÂMBITO DO EXÉRCITO

MARCELO BICALHO LARA: Pós-graduado em Direito Administrativo da rede de ensino LFG/Anhanguera. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Oficial do Exército pela Academia Militar da Agulhas Negras - AMAN. Pós-graduado em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais – EsAO.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo realizar a análise das principais regras e limitações do procedimento de utilização da ata de registro de preços por órgão não participante, previsto no decreto nº 7.892/13, bem como, a partir a identificação das vantagens e desvantagens apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, verificar se há viabilidade na proibição da “carona” no âmbito da administração pública, e em especial, no Exército, sem prejuízos graves ao cumprimento de suas missões finalísticas. O trabalho se utilizou de metodologia racional dedutiva, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial do TCU.

Palavras-chave: Sistema de Registro de Preços. Carona. Exército.

ABSTRACT:The objective of this article is to analyze the main rules and limitations of the procedure for the use of the price registration protocol by not participating organs, established in Decree No. 7.892 / 13, as well as, from the identification of the advantages and disadvantages pointed out by the doctrine and jurisprudence, to verify whether there is a viability in the prohibition of the "carona" in the public administration, and especially in the Army, without serious damage to the fulfillment of its final missions. The work was based on rational deductive methodology, based on doctrinal and TCU jurisprudential research.

Keywords: "Sistema de Registro de Preços". "Carona". Army.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por escopo identificar as principais regras e limitações das licitações que empregam o Sistema de Registro de Preços (SRP), previsto na lei 8.666/93, bem como identificar as características, vantagens e desvantagens de um de seus desdobramentos mais polêmicos: a utilização da ata de registro de preços por órgão ou entidades não participantes - prática denominada pela doutrina e pela jurisprudência como "carona", no âmbito da administração pública federal e, particularmente, no âmbito do Exército.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo observará a normatização vigente do Sistema de Registro de Preços, as particularidades da utilização da ata de registro de preços por órgão ou entidades não participantes, bem como as desvantagens, vantagens e limitações determinadas pelo TCU sobre estas. O segundo capítulo perquirirá sobre as particularidades das aquisições e contratações no Exército e a forma como a "carona" é utilizada. O terceiro capítulo trará as considerações finais acerca das consequências de uma eventual proibição da carona nas licitações deste órgão.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia racional dedutiva, a partir da pesquisa doutrinária e jurisprudencial do Tribunal de Contas da União na última década.

Por fim, o objeto deste trabalho científico voltará em verificar se há viabilidade na proibição do procedimento de adesão a atas de registro de preços no âmbito

da administração pública, e em especial, no Exército, sem prejuízos graves ao cumprimento de suas missões finalísticas.

1. UTILIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS POR ÓRGÃO OU ENTIDADES NÃO PARTICIPANTES - “CARONA”

A possibilidade de adesão a atas decorre da utilização do Sistema de Registro de Preços na modalidade de concorrência ou pregão, sendo nesta mais comum.

1.1 Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços (SRP), cujo conceito figura no art. 2º, I, do decreto nº 7.892/13 - “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras” - teve origem em nosso ordenamento a partir de sua previsão no art. 15, II, da lei 8.666/93, de maneira que as compras, sempre que possível, deveriam ser processadas através desse sistema, como segue:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

Outros importantes requisitos para o SRP foram previstos nos parágrafos seguintes do art. 15 da mesma lei:

§ 1º O registro de preços será **precedido de ampla pesquisa de mercado.**

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O **sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais**, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita **mediante concorrência**;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - **validade do registro não superior a um ano**.

§ 4º A **existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios**, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo **assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições**.

§ 5º O **sistema de controle** originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser **informatizado**.

§ 6º **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço** constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.
(grifo nosso)

Destaca-se, portanto, a necessidade de prévia e ampla pesquisa de mercado para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, que em âmbito federal é orientada pela Instrução Normativa (IN) nº 5 de 2014, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, recém-alterada pela IN nº 3 de 2017 do mesmo ministério. Esta Instrução fornece os seguintes parâmetros para a pesquisa:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - **Painel de Preços**, disponível no endereço eletrônico

<http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>;

II - **contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores** à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Dentre os parâmetros apresentados, ressalta-se a orientação destinada à Administração em nível federal, para que seja dada preferência aos preços constantes do Painel de Preços ou de contratações de outros entes ou órgãos públicos, consoante o § 1º do art. 2º da IN nº 5 de 2014.

Sobre Painel de Preços, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (2017) aponta que consiste numa plataforma desenvolvida:

(...) pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, disponibiliza, de forma clara e de fácil leitura, dados e informações de compras públicas homologadas no Sistema de Compras do Governo Federal - COMPRASNET. Tem como objetivo auxiliar os gestores

públicos nas tomadas de decisões nas execuções de processos de compras, dar transparência em relação aos preços praticados pela Administração Pública e estimular o controle social.

No que diz respeito à sua regulamentação, o SRP foi inicialmente normatizado pelo decreto nº 2.743/98, posteriormente pelo decreto nº 3.931/01, e finalmente pelo decreto nº 7.892/13 que atualmente encontra-se em vigência.

Apesar do § 3º do art. 15 da lei 8.666/93 prever o registro de preços na modalidade licitatória da concorrência, atualmente, é facultada à administração federal optar também pela modalidade do pregão, consoante art. 11 da lei 10.520/02:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

A grande vantagem que o SRP trouxe sobre as demais formas de contratação, como aponta Di Pietro (2015, p. 479), foi a facilitação de contratações futuras, evitando-se que a cada vez seja realizado novo procedimento licitatório. Aponta ainda Di Pietro (2015, p. 479), com base no § 4º do art. 15 da lei 8.666:

O fato de existir o registro de preços não obriga a Administração Pública a utilizá-lo em todas as contratações; se preferir, poderá utilizar outros meios previstos na Lei de Licitações, hipótese em que será assegurado ao beneficiário

do registro preferência em igualdade de condições com outros possíveis interessados

Outras importantes vantagens do SRP são citadas por Cavalcante (2017):

(...) **desnecessidade de dotação orçamentária** (necessária apenas no momento da contratação - grifo nosso), **redução do volume de estoques, eliminação dos fracionamentos de despesa, tempos recordes de aquisição, redução do número de licitações, atualidade dos preços da aquisição e participação de pequenas e médias empresas.** (grifo nosso)

Ainda na seara do SRP, é bastante relevante a preocupação com a transparência e a moralidade, seja através da existência de sistema de controle informatizado, COMPRASNET e Painel de Preços, seja pela possibilidade de impugnação, por qualquer cidadão, de preço registrado acima dos valores de mercado, logo, possivelmente superfaturados, tudo em consonância com os parágrafos 5º e 6º do art. 15 da lei geral de licitações.

1.2 Particularidades da utilização da ata de registro de preços por órgão ou entidades não participantes

A "carona", nas palavras de Mazza (2017, p. 555), consiste na "utilização, por uma pessoa jurídica ou órgão público, do registro de preço realizado por outra entidade estatal".

O procedimento está previsto no decreto nº 7.892/13 em capítulo específico, IX, bem como na lei 12.462/11 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Não obstante sua previsão em lei e em decreto

regulamentar, o instituto tem sido objeto de críticas por parte da doutrina e, notadamente, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), como aponta Di Pietro (2015, p. 481):

A figura do “carona” tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, tendo em vista que permite aos órgãos ou entidades da Administração Pública a contratação de bens ou serviços sem que tenham participado do procedimento da licitação, inclusive no que diz respeito aos requisitos de habilitação.

No intuito de minimizar os problemas apontados nos decretos anteriores, o decreto nº 7.892/13 foi instituído com a intenção de “solucionar as várias celeumas em torno do tema(...), estabelecendo novos critérios para limitar a adesão às atas de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes”, ressaltam Dorella e Soares (2013, p.37). As autoras apontam ainda outras inovações no SRP, a destacar:

(...) fixar **prazo de validade da ata de registro de preços não superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações; vedar acréscimos nos quantitativos fixados na ata de registro de preços; prever cadastro de reserva de fornecedores**, no caso de exclusão do primeiro colocado da ata; **não exigir a indicação da dotação orçamentária no procedimento licitatório para registro de preços**, a qual passa a ser exigida **apenas na formalização do contrato**, diferentemente do que preceitua a Lei n. 8.666/93 (grifo nosso).

A utilização do procedimento da carona não se dá de forma arbitrária. Há que se observar regras e limites estabelecidos no decreto nº 7.892/13, art. 22 e seus parágrafos. Do “caput” já é possível constar que constitui fundamental requisito para a utilização de ata por órgão não participante (“órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços” - art. 2º, V, mesmo decreto) a **demonstração justificada da vantagem** pela adoção da mesma, durante sua vigência, e mediante a anuência do órgão gerenciador:

Art. 22. Desde que **devidamente justificada a vantagem**, a ata de registro de preços, **durante sua vigência**, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, **mediante anuência do órgão gerenciador** (grifo nosso).

Os órgãos ou entidades não participantes que desejarem utilizar a ata de registro de preços de certame, que não tenham integrado inicialmente, deverão consultar o órgão gerenciador sobre a possibilidade da adesão. Ademais, é necessário que o fornecedor beneficiário da ata homologada, consoante as condições nela estabelecidas, aceite realizar o fornecimento decorrente da adesão, contanto que não prejudique o fornecimento ao órgão gerenciador e aos demais participantes, como depreende-se dos parágrafos 1º e 2º:

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.

Uma vez concedida a autorização do órgão gerenciador ao não participante, este deverá efetivar a aquisição ou contratação em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata. Incumbirá, também, ao não participante os atos relativos à cobrança do cumprimento das obrigações contratualmente assumidas pelo fornecedor, inclusive a aplicação de eventuais penalidades decorrentes de inadimplemento contratual, observado o contraditório e a ampla defesa, informando as ocorrências ao órgão gerenciador, consoante prescrito nos parágrafos 6º e 7º:

§ 6º Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata.

§ 7º Compete ao órgão não participante os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.

Com o objetivo de atender as correntes recomendações do TCU e críticas da doutrina quanto a possibilidade de adesão ilimitada a atas em vigor, resultantes do entendimento administrativo acerca do § 3º do art. 8º do decreto nº 3.931/01 em que “cada órgão do governo poderia ‘aderir’ à ata de registro de preço e contratar, individualmente, até ‘cem por cento dos quantitativos’ licitados, propiciando uso imoderado do instituto, uma vez que inexistia limites a tais contratações” como aponta Maués (2014, p.2), foram elaboradas as limitações dos parágrafos 3º e 4º do decreto nº 7.892/13.

Redação anterior, § 3º do art. 8º do decreto nº 3.931/01:

Art. 8.º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

(...)

§ 3.º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.

Redação atual, parágrafos 3º e 4º do decreto nº 7.892/13:

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Realizando a limitação do quantitativo possível da adesão a 100% do quantitativo previsto no edital e registrado em ata para determinado item, bem como a limitação do quantitativo global a ser disponibilizado para possíveis “caronas”, restrito ao quádruplo do quantitativo registrado para o mesmo item, tentou-se evitar situações absurdas como as apontadas, por exemplo, no Acórdão 1.487 de 2007 do TCU, como segue:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública,

tendo em vista que **as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática**, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão;

(...)

22. Ainda segundo o § 3º do citado artigo (8º do Decreto n.º 3.931/01), as aquisições ou contratações adicionais a que se refere o art. 8º não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, definidos no momento em que o órgão gerenciador consolida as informações relativas à estimativa individual e total de consumo para os órgãos que se manifestam previamente para participar do registro de preços (Art. 3º, § 2º, inciso II)(grifo nosso) .

23. Tal dispositivo da Lei, nos leva a outro questionamento. **Ao permitir que cada entidade que solicite adesão à ata utilize 100% do quantitativo inicialmente registrado, na prática, o órgão gerenciador faz com que o valor da contratação se multiplique diversas vezes. No caso do pregão em análise, 62 entidades aderiram à ata de registro de preços. O valor estimado de contratações era de 32 milhões de reais. Se cada entidade pode utilizar, individualmente, 100% desse valor estimado, as contratações feitas junto à empresa vencedora do certame poderiam alcançar o valor de R\$ 1.984.000.000**

(um bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais), (grifo nosso).

Insta apontar, por sua vez, a relevância dos parágrafos 8º e 9º do art. 22 do decreto nº 7.892/13, que trazem a vedação aos órgãos e entidades da administração federal de aderirem a atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades estaduais, distritais ou municipais. De outro modo, é facultado a estes a adesão a atas de registro de preços da administração pública federal. Veja-se a regra vigente:

§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

1.3 Críticas desfavoráveis à “carona”

Previamente aos apontamentos acerca das críticas desfavoráveis ao instituto, é necessário que se verifique o momento em que elas foram feitas, se antes ou depois da instituição do decreto nº 7.892/13, haja vista tal regulamento ter se prestado a solucionar parte delas.

1.3.1 Ilegalidade, frustração à licitação e o não atendimento a regra da vinculação ao edital

Esta crítica é feita dentre outros por Di Pietro (2015, p.480) quando afirma que está seria uma hipótese de contratação direta, admitida pelo regulamento, mas sem fundamento pela lei 8.666/93.

Crítica também presente no Acórdão 2.692/12 do TCU :

Evidencia-se, então, que a figura do 'carona' corresponde ao aproveitamento dos efeitos de uma licitação anterior, para que uma entidade administrativa promova **contratação sem prévia licitação**. Configura-se uma situação similar à da dispensa de licitação, fundada na exclusiva discricionariedade administrativa. Essa **solução é incompatível com a regra imposta no art. 37, inc. XXI, da CF/88**. Na verdade, produziu-se a instituição por meio de decreto de mais uma hipótese de dispensa de licitação. O problema imediato reside em que a Constituição estabelece que somente a lei pode criar as hipóteses de dispensa de licitação.

O desatendimento a regra da vinculação ao edital é levantada por Di Pietro (2015, p. 480) sob o argumento de que “na medida em que os fornecedores poderão ser contratados por órgão não participantes da licitação”.

1.3.2 Não atendimento a normas de habilitação

O não atendimento a normas de habilitação é apontado por Di Pietro (2015, p. 481) pelo fato de que:

(...)os fornecedores poderão ser contratados sem terem demonstrado idoneidade para a contratação com órgãos não participantes da licitação; o volume de contratação pode ser

de tal ordem que o fornecedor não tenha idoneidade para a contratação, quando somada à efetuada pelos órgãos participantes da licitação.

1.3.3 Ineficiência, falta de planejamento e antieconomicidade

Segundo Melo (2009, p.279), a prática da carona atenta contra o princípio da eficiência uma vez que “prestigia a inércia e o comodismo administrativo, haja vista que os órgãos poderão esconder a ausência de planejamento nas contratações buscando sempre a adesão às Atas de Registro de Preços de outros órgãos”.

No Acórdão 1.212 de 2013 do TCU, a “carona” é apontada como um desvirtuamento do SRP em decorrência de falta de planejamento, como apontado no próprio enunciado:

A adesão ilimitada à Ata de Registro de Preços representa um desvirtuamento do Sistema de Registro de Preços (SRP), que tem como pressuposto principal o planejamento das aquisições pela Administração Pública.

A ofensa ao princípio da proposta mais vantajosa e da economicidade estaria configurada na visão de Cavalcante (2017, p.9) uma vez que ocorreria aumento no quantitativo originalmente previsto, o qual não viria acompanhado de uma eventual redução do valor unitário. A autora argumenta ainda que “caso o órgão não participante tivesse feito parte inicialmente do procedimento licitatório (...) o cômputo dos quantitativos referentes à sua estimativa de consumo ensejaria certa diminuição no custo da aquisição”.

1.3.4 Desrespeito ao princípio da isonomia

Aponta Cavalcante (2017, p.9) que haveria desrespeito ao princípio da isonomia na medida em que “a prática indiretamente criaria uma espécie de regalia para que a empresa licitante vencedora pudesse firmar inúmeras contratações das quais não estava, a priori, comprometida”.

1.4 Críticas favoráveis à “carona”

Em contraponto às críticas supramencionadas, seguem as críticas positivas sobre o procedimento.

1.4.1 Eficiência da Administração

A principal finalidade e objetivo da “carona” é ser um instituto eficiente para as contratações da Administração em diversos aspectos. Os primeiros deles são identificados por Fernandes (2007): “desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante quando já alcançada a proposta mais vantajosa”. Além da vantagem da redução de custos com o processo licitatório, há celeridade e praticidade em detrimento de adoção de práticas do contexto da Administração Pública Burocrática, como ressalta Vivas (2013, p.14.452).

Com o desenvolvimento de plataformas como o Painel de Preços o administrador público tem larga possibilidade de realizar contratações vantajosas para atingir sua missão finalística, haja vista ser possível à consulta instantânea de dos preços obtidos nos certames federais para um objeto específico, atendendo desta forma à determinação do art. 43, IV, da lei 8.666/93. Como segue:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da **conformidade de cada proposta** com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os **preços**

correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os **constantes do sistema de registro de preços**, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

1.4.2 Alternativa às modalidades de contratação direta por dispensa ou por inexigibilidade de licitação

Fernandes (2007) observa que na prática muitos órgãos estão deixando de contratar por dispensa ou inexigibilidade de licitação para utilizarem do instituto da “carona”, contratando, portanto, objetos que já passaram pela depuração do procedimento licitatório.

1.4.3 Alternativa de contratação quando o processo licitatório é frustrado

A “carona”, em muitos casos, se torna uma alternativa viável quando o processo licitatório é frustrado, seja por *não haver fornecedores interessados* em todos, ou parcela, dos itens necessários à Administração, ou por *inadimplência contratual do próprio fornecedor*, ou por *restrição habilitatória superveniente*.

1.4.4 Possibilidade de aferição do desempenho do contratado

Consoante observação de Fernandes (2007):

quando o carona adere a uma Ata de Registro de Preços, em vigor, normalmente já tem do órgão gerenciador – órgão que realizou a licitação para o Sistema de Registro de Preços – *informações adequadas sobre o desempenho do contratado na execução do ajuste.*(grifo nosso)

1.5 Recomendações relevantes do TCU acerca da “carona”

Acórdão 2.769 de 2011, enunciado: “Não pode haver o aproveitamento de registro de preços por instituição pública quando as especificações do objeto forem exclusivas para a instituição que realiza a contratação”.

Acórdão 1.202 de 2014, enunciado:

A adesão a ata de registro de preços (carona) está condicionada à comprovação da adequação do objeto registrado às reais necessidades do órgão ou da entidade aderente e à vantagem do preço registrado em relação aos preços praticados no mercado onde serão adquiridos os bens ou serviços.

Acórdãos 757 e 1.297, ambos de 2015, no mesmo teor:

O órgão gerenciador do registro de preços deve justificar eventual previsão editalícia de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”) dos procedimentos iniciais. A adesão prevista no art. 22 do Decreto 7.892/2013 é uma possibilidade anômala e excepcional, e não uma obrigatoriedade a constar necessariamente em todos os editais e contratos regidos pelo Sistema de Registro de Preços.

Acórdão 2.842 de 2016, enunciado:

A utilização do sistema de registro de preços deve estar adstrita às hipóteses autorizadoras, sendo a adesão medida excepcional. Tanto a utilização como a adesão devem estar

fundamentadas e não podem decorrer de mero costume ou liberalidade.

2. PARTICULARIDADES DAS AQUISIÇÕES E CONTRATAÇÕES NO EXÉRCITO

Não obstante o Exército integrar a administração pública federal como tantos outros órgãos é necessário elencar suas particularidades de atuação, haja vista a implicação dos reflexos destas em suas contratações. A começar pela missão constitucional atribuída às Forças Armadas:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e **destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.**

Depreende-se, portanto, que as missões designadas às Forças Armadas, são as de maior gravidade, dentre as elencadas na Carta, em razão de cenários críticos como guerra externa, guerra civil, crises institucionais entre poderes, descumprimento generalizado da lei entre outras situações caóticas. Outra característica da profissão militar está prevista no art. 5º do Estatuto dos Militares, lei 6.880/80: “A carreira militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípua das Forças Armadas, denominada atividade militar.”.

Assim, concorrente ao preparo da tropa terrestre para as missões de defesa, não menos importante é o desenvolvimento das atividades meio, tarefas administrativas, dentre elas as contratações, que dão suporte vital às atividades fins.

É nesse contexto que a “carona” figura com bastante relevância, por permitir a contratação de maneira célere nas situações que fogem à previsibilidade e que não figuram como hipótese de contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, em especial, as hipóteses dos incisos III e IV, do art. 24 da lei 8.666/93 (guerra externa, grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública).

Exemplos dessas situações são os diversos pedidos de apoio e colaboração de outros órgãos ou entes públicos, tal como apoio no controle de endemias, apoio médico em locais de difícil acesso, operações de garantia da lei de da ordem junto à força policial local, operações inopinadas de controle das fronteiras, e tantos outros pedidos que são recebidos sem o tempo hábil para o planejamento e a execução de processo licitatório adequado.

Outro ponto crítico pertinente à administração das centenas de unidades operacionais da Força é a alta rotatividade de seus quadros. A previsão de transferência (remoção) *ex officio* para oficiais inicia-se a partir de dois anos na mesma localidade e para as praças a partir de três anos.

Além da alta rotatividade, somam-se a frequente insuficiência de pessoal, a crescente demanda administrativa cada vez mais complexa, e a impossibilidade de formar adequadamente o quadro de pessoal para execução destas funções. Todos esses são fatores que desfavorecem marcadamente os processos licitatórios, cuja experiência, habilidade jurídica e administrativa são indispensáveis para perseguição ao interesse público em condições vantajosas nos limites da legalidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em interessante estudo sobre a descentralização dos créditos orçamentários nos anos de 2012, 2013 e 2014 para o 5º Regimento de Cavalaria Mecanizado, unidade operacional do Exército, Da Silva (2015, p.51) conclui que “não foi possível definir qualquer sazonalidade de descentralizações ou regularidade de valores” e que “não há como prever os períodos onde ocorrerão as descentralizações dos créditos orçamentários para o exercício financeiro seguinte, uma vez que o comportamento dessas foi totalmente diferente em todo o período de análise”. Demonstra, também, Da Silva (2015, p.51) que houve variação entre a quantidade de descentralizações e entre os valores recebidos por cada grupo de despesas ao longo de cada ano e durante o período total analisado, três anos.

Se o próprio governo central enfrenta sérias dificuldades em seu planejamento e execução orçamentária ante as variáveis econômicas e previsões de receita tributária que podem se confirmar ou não, o que dizer dos órgãos que compõe a “ponta da lança”, na base hierárquica da administração, e tentam da melhor forma possível cumprir com o interesse público?

Não se pretende esvaziar, contudo, a importância do planejamento, princípio fundamental da Administração Federal que consta há longa data no decreto-lei nº 200/67 em seu art. 6º, I. Não obstante, acredita-se ser possível a manutenção do instituto da “carona” para aquelas situações que acabam por fugir ao planejamento, tais como as indicadas nos itens 1.4.2 e 1.4.3. Inviabilizar a “carona”

Ademais, percebe-se que um dos pilares principais nas críticas à “carona” subsiste em vícios de forma, tais como o excesso de regulamentação pelo decreto nº 7.892/13, e os argumentos de frustração à licitação, não atendimento a regra da vinculação ao edital e normas de habilitação. As críticas quanto a falta de eficiência, desestímulo ao planejamento, antieconomicidade e tratamento não isonômico,

perdem parcela de importância em razão do regramento detalhado que vem sendo aplicado ao instituto ao longo de dezesseis anos, seja por parte do Poder Executivo pela instituição do decreto supracitado, seja por parte do próprio Poder Legislativo, que ratificou a “carona” no art. 32, §1º da lei do RDC, seja por parte do TCU que vem adicionando uma série de regras objetivando a minimização de riscos de desvios.

É mister ter em mente, o que menciona Fernandes (2007), que o processo licitatório não é um fim em si mesmo, que ele em si, não tem o condão de tornar o processo de seleção imune a irregularidades, além de ser um procedimento oneroso que muitas vezes tem seu custo de desenvolvimento maior que a vantagem conquistada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, foi possível constatar que as críticas doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes tanto da implantação do Sistema de Registro de Preços, quanto da “carona”, se prestaram a fortalecer ambos os institutos corrigindo vícios passíveis de causar dano ao erário, como a adesão ilimitada por exemplo.

Resta apontar ainda que a vedação à “carona” unicamente por algum vício formal consistiria em pesado retrocesso sob o ponto de vista de uma administração menos burocrática e mais eficiente, na medida em que o instituto figura como ferramenta subsidiária ao alcance do gestor público diante da imprevisibilidade. A proibição do instituto, em especial, pelas unidades operacionais do Exército poderia inviabilizar ou prejudicar sobremaneira o cumprimento de suas atividades finalísticas, aliadas as dificuldades comuns do cotidiano castrense.

Por fim, voltando-se os olhos ao futuro, percebe-se que a modernização e a atuação dos meios de controle; a disponibilização a toda sociedade de

instrumento que efetivamente assegure a transparência e a possibilidade de impugnação de eventuais irregularidades na contratação pública; que a atualização adequada das regras licitatórias; garantem, sob o prisma da razoabilidade, a manutenção da “carona” no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Painel de Preços**. Disponível em: <<http://www.paineldeprescos.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.487/07** — Plenário. Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 1º ago. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.769/11** — Plenário. Ministro André de Carvalho. Data do julgamento: 19 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.692/12** — Plenário. Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 03 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.213/13** — Plenário. Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 22 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.202/14** — Plenário. Ministro Ana Arraes. Data do julgamento: 14 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 757/15** — Plenário. Ministro Bruno Dantas. Data do julgamento: 08 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.297/15** — Plenário. Ministro Bruno Dantas. Data do julgamento: 27 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.842/16** — Plenário. Ministro Bruno Dantas. Data do julgamento: 09 nov. 2016.

CAVALCANTE, Vanessa Capistrano. **"Carona" no Sistema de Registro de Preços: análise jurídica e principais mudanças advindas do Decreto 7.892/2013.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589522>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

DA SILVA, Claudio Josiel Costa. **A licitação para o Sistema de Registro de Preços como ferramenta eficiente no planejamento e gestão orçamentária.** UFRGS. 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/131495>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DORELLA, Micheli Ribeiro Massi; SOARES, Roberta Moraes Raso Leite. **Sistema de registro de preços: o "carona" à luz das inovações decorrentes do Decreto Federal n. 7.892/13.** Revista TCE/MG. 2013. Disponível em: <<http://www.http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1965.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle.** Fórum de Contratação e Gestão Pública–FCGP, Belo Horizonte, ano, v. 6, p. 7-12, 2007.

MAZZA, Alexandre. (2017). **Manual de direito administrativo**, 7ª edição., 7th edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215439/>

MAUÉS, Daniel Solum Franco. **A figura do carona em ata de registro de preço e suas limitações legais.** Revista dos Tribunais | vol. 942. 2014.

MELO, Thiago Dellazari. **A utilização do sistema de registro de preços por órgãos que não participaram da licitação: uma análise do artigo 8º do Decreto Federal n. 3.931.** Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo: IOB, n. 39, 2009.

VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. **Evolução normativa e jurisprudencial do “carona” no sistema de registros de preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013).** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, v. 8, 2013.

O SIGNIFICADO DOS INDICADORES SOCIAIS E A IMPORTÂNCIA DE SUA MANUTENÇÃO PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS

LORRAINE SALDANHA FREITAS XAVIER DE SOUZA:
bacharel em Direito pelo Mackenzie. Especialização em
Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura.
Advogada.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância dos indicadores sociais no âmbito da formulação das políticas públicas, pois por meio do levantamento de informações e dados sobre a população brasileira, possibilita-se detectar determinados problemas sociais antes não identificados pelos Poderes Público.

Sumário. 1.Introdução. 2. Conceituando políticas públicas. 2.1. Censo Demográfico. 2.2. O significado dos indicadores no âmbito das políticas públicas. 3.Considerações finais. 4.Referências.

Palavras-chave: Políticas públicas. Indicadores. Problemas. Agenda decisional.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as políticas públicas no Brasil passaram a ganhar maior visibilidade e importância, tendo em vista a sua capacidade de equacionar, ainda que minimamente, diretrizes de atuação governamental voltadas ao desenvolvimento econômico e social.

Muito embora estejamos caminhando a passos inconcludentes na busca pela igualdade política e social, nossa Carta Constitucional ao restaurar valores provenientes do regime democrático, subsidiou a implementação de tais direitos através dos representantes eleitos pelo povo. Desta forma, por meio de uma ação sistemática voltada para a busca do bem comum, as políticas públicas, enquanto

uma forma de exercício do poder, se firmam como um instrumento posto à disposição dos Poderes Públicos para melhor atender aos anseios sociais e para alcançar a igualdade entre os cidadãos. É o que COMPARATO^[1] chama de governo das políticas que aprimora o governo das leis.

Cientes da importância das políticas públicas, o presente artigo discorre de forma singela sobre um aspecto elementar deste campo do conhecimento, qual seja, mecanismos de identificação de problemas que podem se tornar potencial objeto de política pública futura.

2. Conceituando políticas públicas.

Concebe-se as políticas públicas como programas de ação governamental visando ordenar os recursos à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes^[2], materializando, desta forma, os ideais de um Estado social preocupado em superar o antagonismo entre igualdade política e a desigualdade social. Trata-se, em verdade, de um conjunto de ações destinadas a produzir efeitos específicos à sociedade.

Por meio de um plano de ação coordenado do Estado- que pode assumir a forma de programas institucionais, projetos destinados a setores sociais determinados, etc- busca-se produzir bens e serviços capazes de proporcionar melhoria da qualidade de vida dos hipossuficientes em todas as suas concepções, cumprindo os governantes com o objetivo do Constituinte Originário em adjudicar os direitos fundamentais

Acerca da forma assumida pelas políticas públicas, BUCCI^[3] assevera que *“a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme”*, mas pontua ser inegável a sua justiciabilidade, isto é, são dotadas de exigibilidade perante o Poder Judiciário, em razão da norma inscrita no art.5º,XXXV, da Carta Constitucional.

Ainda sobre o aspecto conceitual, SCHIMITD^[4] pontua a importância de sua definição normativa, pois nesta concepção as políticas públicas orientam a ação estatal, traçando linhas estratégicas de caráter geral, visando mitigar *“ um dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa”* que, muito embora proporcione a virtuosa e necessária alternatividade no poder, *“ leva frequentemente ao abandono das diretrizes vigentes e a criação de outras, bastantes distintas e não raro contraditórias, [...] gerando desperdício de recursos financeiros”*.

2.1 Censo Demográfico no Brasil.

Conforme a Série de Relatos Metodológicos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)^[5], muito embora o Brasil seja um país com modesta tradição estatística, a primeira contagem da população brasileira se deu em 1872, ainda durante o Império. Neste período, nossas estatísticas de população *“ eram meramente conjecturais não passando de estimativas destinadas, basicamente, a atender aos interesses do governo instalado à época”*^[6]

Desde então, aprimoramos nossas técnicas sobre para levantamento de informações e dados sobre nossa população, devendo a realização do Censo Demográfico no Brasil obedecer às diretrizes da Lei 8.184/91, dentre as quais a periodicidade de dez anos para o intervalo intercensitário. Isto é, a cada dez anos, o governo federal, por meio do IBGE, promoverá o levantamento de dados estatísticos acerca da população brasileira, com base na técnica de amostragem. Dentre as informações levantadas pelo Censo, encontram-se as relacionadas à característica geral da população, migração e deslocamento, trabalho e rendimento, educação, famílias e domicílio e fecundidade.

A importância de se ter informações relacionadas à migração, por exemplo, reside em fornecer subsídios para a realização de uma projeção de população.^[7] Já os levantamentos acerca do trabalho, rendimento e educação se prestam a

provisionar os governos de recursos financeiros para financiamento de projetos e programas voltados ao desenvolvimento e implementação dos direitos oriundos destes ramos, cuja adjudicação aos cidadãos é função elementar dada aos governantes pelo Poder Constituinte Originário quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente em nosso país.

2.2 O significado dos indicadores no âmbito das políticas públicas.

Nas últimas semanas tomamos o conhecimento por meio dos canais de comunicação acerca de uma eventual mudança nos questionários do Censo Demográfico 2020, promovidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), retirando, dentre outras, perguntas relacionadas à renda, posse de bens e emigração, e reduzindo o número de perguntas relacionadas à formação escolar, bens de consumo, custos de aluguel e habitação do brasileiro.

Por meio destes questionários, obtêm-se, em síntese, dados elementares acerca do perfil da população brasileira.

Neste contexto, questiona-se qual o significado e importância destes questionários no âmbito da formulação de políticas públicas sociais?

Deve-se elucidar, em um primeiro momento, que a formulação e implementação das políticas públicas são antecedidas de um ciclo político, composto das seguintes fases e processos, segundo SOUZA^[8]: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação.

A fase de definição de agenda, denominada também de estágio pré-decisório, é o momento em que os governantes definem o conjunto de problemas que de alguma forma chamaram sua atenção-sobre os quais deverão ser formuladas políticas públicas para saná-los ou mitiga-los.

De acordo com KINGDON^[9], um problema passa assim a ser considerado quando acreditamos que devemos fazer algo para mudá-lo, e essa percepção é alcançada, sobretudo, por meio de mecanismos básicos de identificação das questões sociais que nos cercam, capazes de responder a razão pela qual alguns problemas recebem mais atenção do que outros por parte dos governantes.

Dentre os mecanismos citados pelo autor, encontram-se os indicadores sociais, responsáveis por avaliar a magnitude de uma situação, como a disseminação de uma doença, custo de um programa social, taxa de desemprego, condições habitacionais da população, etc. Ao lado dos indicadores há também os mecanismos de *feedbacks* e os eventos-foco.

Neste sentido, os questionários do Censo Demográfico funcionam como indicador social capaz de evidenciar um potencial problema antes desconhecido pelos governantes, provendo-os de informações e dados necessários para a formulação de políticas públicas efetivas, cientes da realidade social que será modificada.

Sendo assim, o significado dos indicadores no âmbito das políticas públicas reside em permitir que os representantes do povo tenham pleno acesso às questões e problemas que se acercam de um setor específico da sociedade, na medida em que este mecanismo exerce a poderosa função de colher informações para sustentar um debate acalorado entre os governantes sobre a busca de igualdade e melhorias naquela área em que há um déficit específico. E a razão de sua importância é justamente permitir que os problemas levantados sejam alocados com prioridade na agenda governamental, sobre os quais incidirão alternativas para sua resolução ou mitigação.

3. Considerações finais.

Muito embora estes mecanismos funcionem como linha mestra de atuação dos formuladores de políticas públicas, deve-se ponderar que as questões levantadas por meio dos indicadores, eventos-foco ou *feedbacks* não se transformam em problemas automaticamente, pois há o fator político predisposto a retrair ou inflar os problemas antes identificados por aqueles mecanismos, podendo o governo tratar do problema através de alternativas determinadas, ou se manter inerte, sem despender qualquer atenção a ele. Condiciona-se, pois a inserção dos problemas na agenda decisória a um fator partidário, sensível à pressão política que o rodeia e não propriamente a fatores objetivos identificados por mecanismos desprovidos de cunho ideológico.

Cientes deste fator partidário, maléfico aos reais interesses da sociedade, não podemos deixar de reconhecer que os indicadores capacitam a formulação de uma política pública lúcida e eficaz, já que sustentada por informações suficientes sobre a realidade social a ser tratada.

Deste modo, forma-se um arcabouço normativo e sistêmico apto a suportar e planejar as demandas em investimentos para a implementação de políticas públicas capazes de solucionar ou mitigar os problemas adjacentes a um setor social específico, de modo que seus beneficiários poderão usufruir das melhorias proporcionadas por uma política pública lúcida, pois desde a sua origem esteve interessada em determinar, no plano concreto, os seus resultados para os cidadãos.

A retirada das perguntas relacionadas, principalmente, à renda e à escolaridade implica, pois, no obscurecimento acerca das condições de vida dos brasileiros bem como na desconsideração dos problemas sociais que cercam estes temas, tornando inviável o processo de formulação e implementação de políticas públicas eficazes voltadas, sobretudo, à educação e habitação.

Não seria desarrazoado afirmar que agindo desta forma, estaria o governo negligenciando a existência dos incontáveis problemas concentrados nestas áreas,

afastando-os convenientemente de sua agenda decisional, já que não haveriam dados suficientes para elevá-los ao *status* de problema.

Em verdade, o Censo Demográfico desprovido de perguntas que muito interessam à sociedade e, por conseguinte aos representantes do povo, funcionaria como meras elucubrações destinadas em atender, basicamente, aos interesses do governo, reproduzindo a velha política imperial e eclesiástica brasileira, isto é, a de forjar dados a seu favor, a fim de postergar revoltas da população contra si e para demonstrar um quadro de sucesso quanto ao funcionamento de suas políticas.

Trata-se, portanto, de um subterfúgio tendente a retrair ou tornar inexistente os problemas antes identificados por aquele mecanismo indicador, sendo dado ao governo a discricionariedade de manter-se inerte em relação às questões de cunho constitucional como renda e escolaridade, já que não há problemas identificados. Neste caso, o problema desaparece.

4. Referências.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva.2002.p.241.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Brasiliense. São Paulo. 1989. p. 102.

Censo Demográfico 2000. Migração e deslocamento. Resultado da Amostra. IBGE Série de Relatos Metodológicos. Vol.4.IBGE.

KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives and Public Policie*, 2 ed..Chapter 9, *Wrapping things up*. Harper Collins College Publishers.1995.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as Políticas Públicas: Aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renado; Leal, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. Série de Relatos Metodológicos. Vol.4.IBGE.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. IN: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta e MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Fiocruz, 2017. p.65-86.

SOUZA E SILVA, Joaquim Norberto. Investigações sobre recenseamento da população geral do Império.

Censo Demográfico 2000. Migração e deslocamento. Resultado da Amostra. IBGE.

Notas:

[1] COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Brasiliense. São Paulo. 1989. p. 102

[2] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva.2002.p.241

[3] IDEM.p.257

[4] SCHMIDT, João Pedro. Para entender as Políticas Públicas: Aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renado; Leal, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

[5] Série de Relatos Metodológicos. Vol.4.IBGE.

[6] SOUZA E SILVA, Joaquim Norberto. Investigações sobre recenseamento da população geral do Império.

[7] Censo Demográfico 2000. Migração e deslocamento. Resultado da Amostra. IBGE.

[8] SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. IN: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta e MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Fiocruz, 2017. p.65-86.

[9] *Agendas, Alternatives and Public Policie*, 2 ed..Chapter 9, *Wrapping things up*. Harper Collins College Publishers.1995.

DEMOCRACIA BRASILEIRA: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma discussão sobre a democracia brasileira, os problemas e soluções.

Palavras-chave: Democracia brasileira. Problemas. Soluções.

Abstract: The purpose of this article is succinctly to make a discussion about Brazilian democracy, problems and solutions.

Keywords: Brazilian democracy. Problems. Solutions.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Esse sistema foi criado em Atenas, na Grécia Antiga. Embora a Grécia tenha sido o berço da democracia, nem todos podiam eleger seus políticos. Era uma forma de democracia rudimentar, pelo que vemos hoje. O ateniense Clístenes é considerado o "Pai da democracia".

Democracia é um tipo de organização social no qual o controle político é, teoricamente, exercido pelo povo. Resulta em um sistema governamental que se forma pela livre escolha de governantes pela maioria da população, por meio de votação.

Um sistema democrático acaba por abranger todos os elementos de organização política de um país. Ou seja, mais do que uma forma de estado, a democracia é aplicada na constituição, na ordem eleitoral, no corpo administrativo, nos poderes legislativo, executivo e judiciário e na própria organização política de situação e oposição.

A democracia tem como princípios uma série de fundamentos de organização política dentro de uma sociedade, onde prevalecem:

- a liberdade individual perante aos representantes do poder político, em especial em face ao Estado;
- a liberdade de expressão e opinião de vontade política de cada um;
- a igualdade de direitos políticos e a possibilidade de oportunidades iguais para que povo e partidos políticos possam se pronunciar sobre decisões de interesse público.

2 Desenvolvimento

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga (demo = povo e kracia = governo). Este sistema de governo foi desenvolvido em Atenas (uma das principais cidades da Grécia Antiga). Embora tenha sido o berço da democracia, nem todos podiam participar nesta cidade. Mulheres, estrangeiros, escravos e crianças não participavam das decisões políticas da cidade. Portanto, esta forma antiga de democracia era bem limitada.

Atualmente a democracia é exercida, na maioria dos países, de forma mais participativa. É uma forma de governo do povo e para o povo.

Formas de democracia

Existem várias formas de democracia na atualidade, porém as mais comuns são: direta e indireta.

Na democracia direta, o povo, através de plebiscito, referendo ou outras formas de consultas populares, pode decidir diretamente sobre assuntos políticos ou administrativos de sua cidade, estado ou país. Não existem intermediários (deputados, senadores, vereadores). Esta forma não é muito comum na atualidade.

Na democracia indireta, o povo também participa, porém através do voto, elegendo seus representantes (deputados, senadores, vereadores) que tomam decisões em nome daqueles que os elegeram. Esta forma também é conhecida como democracia representativa.

Democracia no Brasil

O início da democracia no Brasil. O primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1934) é considerado como o início da democracia no país, marcado pela conhecida revolução de 1930 que acabou com a República velha com a derrubada do ex-presidente, Washington Luís.

Nosso país segue o sistema de democracia representativa. Existe a obrigatoriedade do voto, diferente do que ocorrem em países como os Estados Unidos, onde o voto é facultativo (vota quem quer). Porém, no Brasil o voto é obrigatório para os cidadãos que estão na faixa etária entre 18 e 65 anos. Com 16 ou 17 anos, o jovem já pode votar, porém nesta faixa etária o voto é facultativo, assim como para os idosos que possuem mais de 65 anos.

No Brasil elegemos nossos representantes e governantes. É o povo quem escolhe os integrantes do poder legislativo (aqueles que fazem as leis e votam nelas – deputados, senadores e vereadores) e do executivo (administram e governam – prefeitos, governadores e presidente da república).

A democracia no Brasil foi interrompida durante vários momentos da história do Brasil independente.

Podemos mencionar a República Nova, instaurada em 1946, como a volta da democracia no Brasil, que se estenderia até 1964.

Segue-se a Ditadura Militar, caracterizada por um período de repressão e de perseguição que impedia as pessoas de terem liberdade de expressão.

Somente após 30 anos de luta foi restabelecido o regime democrático e implementada uma nova constituição. Ambos seguem vigentes até os dias atuais.

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

Atualmente, a República Federativa do Brasil vivencia uma crise político-jurídica devido às três funções do Estado atuarem em constante dissonância, perpetrando atos supostamente ilegais e, ou inconstitucionais.

Para o sociólogo português Nelson Dias, a crescente crise da democracia é consequência da falta de participação da sociedade nas decisões políticas. Como saída a isso, aposta no avanço de experiências como o Orçamento Participativo (OP), que, na contramão de alguns recuos democráticos na América Latina, tem avançado em todo o mundo. Como o OP é implementado principalmente em experiências locais, os municípios tendem a responder melhor a essa crise. Contudo, Dias observa um "salto de escala territorial e institucional" do OP, demonstrando que governos nacionais também têm buscado a participação como forma de reconquistar a confiança da população.

Os problemas e soluções para a democracia brasileira

A democracia e a educação são irmãs gêmeas. Ambas fazem parte do mesmo processo civilizatório, desde a Grécia antiga. No Brasil, a desigualdade social tem sido um cartão de visita para o mundo, pois é um dos países mais desiguais. O Brasil precisa melhorar muito a qualidade do ensino, especialmente do ensino público. Melhorar a educação é fundamental para qualquer sociedade crescer de forma sustentável no longo prazo com justiça social. A educação melhora a produtividade dos trabalhadores e de suas firmas, facilitando inovações tecnológicas e a aplicação de novas técnicas gerenciais. Além disso, como a elite econômica de qualquer país já tem um alto nível educacional, aumentos posteriores na escolaridade e na qualidade da educação favorecem principalmente as famílias mais pobres, aumentando a ascensão social e a mobilidade intergeracional e diminuindo a pobreza e a desigualdade.

Diminuição da desigualdade social. Ainda somos um dos países de pior distribuição de renda no planeta, em poucos lugares há tanta diferença entre ricos e pobres. Priorizar o enfrentamento ao racismo, um dos fatores estruturantes das

desigualdades no Brasil, propondo políticas públicas para atacar o problema. Equilibrar o sistema tributário, reduzindo o peso da tributação sobre o consumo (indireta) e aumentando o peso da tributação sobre patrimônio e renda (direta) do topo da pirâmide social. Promover a oferta de trabalho formal e decente para todas e todos e rever a reforma trabalhista no tocante à perda de direitos dos trabalhadores e trabalhadoras. Revogação da Emenda Constitucional 95 que criou o Teto dos Gastos, direcionando o ajuste fiscal para aqueles setores beneficiados por políticas de incentivos, isenções de impostos, baixa tributação e privilégios corporativos, e não à custa de políticas sociais fundamentais para a maioria da população. Priorizar o enfrentamento à discriminação contra as mulheres, um dos fatores estruturantes das desigualdades no Brasil, propondo políticas públicas para atacar o problema. Restabelecer a tributação sobre lucros e dividendos e aumentar a tributação sobre herança de maneira progressiva. Fortalecer a agricultura familiar e retomar a agenda de reforma agrária. Reduzir as isenções fiscais e aumentar os investimentos em políticas públicas e serviços básicos como educação (implementação do Plano Nacional de Educação) e saúde (fortalecimento do Sistema Único de Saúde). Melhorar a qualidade, a progressividade e a transparência do gasto público, e redefinir as prioridades no controle desse gasto, fortalecendo mecanismos que permitam seu monitoramento por cidadãos e cidadãs, organizações da sociedade civil e órgãos públicos de controle e Fortalecer mecanismos de combate à corrupção, avançando em reformas políticas específicas que reproximem a população brasileira das instituições públicas e políticas do país.

Reduzir os índices de violência. Vivemos num país onde os assassinatos passam de 40 mil por ano, número que supera qualquer guerra em curso no planeta. 1) Realização de projetos sociais com intuito de diminuir a desigualdade social. Abrindo outros caminhos, além dos caminhos criminosos que fomentam a violência, à população de baixa renda (principalmente aos jovens). Por exemplo: É fato que ,hoje, a Informática é um pré-requisito básico para as pessoas que

disputam um lugar no mercado de trabalho. No entanto, grande parte da população não tem condições financeiras para adquirir este conhecimento. Uma primeira forma de ajudar, seria oferecendo condições a estas pessoas de disputarem um emprego, através da disseminação do conhecimento em Informática; 2) Criação de um instituto de estudos e pesquisas de segurança pública para desenvolver pesquisas sobre o controle da violência e promover o desenvolvimento de modelos de organização, de gestão e de processos mais eficientes e eficazes para as polícias. Outra função importante desse instituto seria o planejamento e coordenação de programas de formação e capacitação das polícias, e, para tanto, deveria assumir a direção da Academia Nacional de Polícia; 3) Inteligência criminal: desenvolvimento dessa área praticamente inerte na maioria das polícias, com a adoção de métodos, processos e instrumentos de busca e processamento de informação sobre criminosos. Essa área deve receber recursos para aquisição de licenças de softwares de inteligência e de treinamento específico, além de promover a interação com outras agências de inteligência, inclusive dos países fronteiriços. O sistema de inteligência de segurança pública deve ser plenamente implantado em todos os Estados para a troca ágil e segura de informações sobre atividades de indivíduos e grupos criminosos. O tratamento intensivo e contínuo das atividades do crime organizado deve receber particular ênfase, principalmente sobre o tráfico de drogas, contrabando, pirataria, roubo de cargas, furto e roubo de veículos, jogos ilícitos e crimes financeiros. Nessa área devem ser exploradas todas as possibilidades de integração com os serviços de inteligência da Polícia Federal; 4) Cadastros nacionais: o atual Sistema de Informação de Justiça e Segurança Pública (Infoseg) deve ser aperfeiçoado para receber dados atualizados e de qualidade dos Estados quanto a condenados procurados, cadastro de armas e veículos, pessoas desaparecidas, arquivos de fotos dos principais criminosos de cada unidade federativa e dados relevantes de inteligência. O Infoseg deve integrar arquivos semelhantes existentes na Polícia

Federal; 5) Tecnologia da informação: o desenvolvimento de bancos integrados de dados criminais e sociais, a implantação de sistemas de geo-referenciamento e de sistemas de análise dos dados para identificar perfis criminais, padrões e tendências de cada área, pontos críticos e evidências de atuação de indivíduos e grupos criminosos. Devem ser desenvolvidos instrumentos e métodos para o monitoramento de crimes e planejamento de intervenções focalizadas para sua redução em curto prazo. Esses instrumentos e métodos também podem favorecer, através da análise ambiental dos pontos críticos de criminalidade, a integração com outros esforços de prevenção como a participação de guardas municipais e ações das prefeituras na correção de problemas locais que favorecem a ação criminosa.

Fazer política, acreditar na política. Crescer, especialmente entre os jovens, a ideia inteiramente falsa de que todos os políticos são picaretas, que política não serve para nada e que todos são iguais. Não são. É no debate político civilizado que surgem as ideias que viram ações. Nosso país é como uma empresa e todos os funcionários que trabalham nela devem passar por uma rigorosa seleção. Para se candidatar a qualquer cargo político todo candidato deve ter ensino superior, ter trabalhado como voluntário e ficha limpa. Os maiores problemas de uma empresa e também de nosso país está na seleção inadequada de seus colaboradores.

Todo primeiro emprego demonstra que o funcionário não tem experiência, portanto não pode ainda fazer um trabalho com a eficiência necessária, portanto todo primeiro cargo político de um candidato deveria ser sem remuneração. Por exemplo, o currículo desse candidato é sem experiência na área que pretende ocupar então é sem remuneração. Isso selecionaria candidatos realmente interessados em trabalhar pela sociedade e pelo país. Ficaria proibido qualquer ofensa ou crítica a outro candidato ou partido político. Cada candidato deveria apenas expor seu plano de governo sem comparação com outros candidatos. Críticas tornam cansativas e improdutivas qualquer exposição política fazendo com que muitas pessoas sintam nojo de política e não queiram se envolver. Isso traria

para política pessoas mais responsáveis e produtivas. Haveria maior espaço para idéias boas, para projetos eficazes. Quem descumprisse a regra seria automaticamente eliminado.

Os partidos políticos devem ser aos poucos reduzido em número, pois quanto mais partidos existem maior conflito de interesses. Deveria existir uma preocupação maior em viabilizar leis e projetos que fossem do interesse comum, que trouxesse benefícios para a sociedade a longo prazo e não preocupação em defender esse ou aquele partido. Muitos projetos excelentes são vetados apenas por terem sido criados por partidos contrários. Esse jogo de interesses prejudica o desenvolvimento do país e trava toda ação benéfica. Além do plano de governo especificado cada candidato deveria especificar também para cada ação um prazo. Isto deixaria mais claro o que pretende fazer e quando e ficaria mais fácil o feedback da população para saber se tudo está sendo cumprido e se não foi o porque de cada ação e da demora no cumprimento do prazo. Tudo deveria ser registrado como em um contrato. No final de cada mandato o político deveria fazer uma prestação de contas de seu mandato explicando como cada plano foi cumprido. Como estava antes e como ficou agora.

Seria muito mais fácil, coerente e organizado se assim fosse. Teríamos pessoas mais honestas, capazes, responsáveis e coerentes cuidando de nosso país. Se assim fosse feito a população participaria mais da política e poderia haver paz e prosperidade.

De uma oposição melhor. Que apresente alguma ideia, boa ou ruim que seja. Ideias ruins também podem apontar caminhos, ao negá-las afirmamos algo. O problema é a total falta de ideias, substituídas por um moralismo oportunista que joga para a platéia. Respeitar a diversidade religiosa, mas coibir a exploração da fé. É indecente que mistificadores enriqueçam a custa da fé e da miséria alheia. Mais cultura. Aumentando muito o investimento na produção e difusão cultural e também na preservação do patrimônio histórico.

Internet banda larga boa e barata para todos. A comunicação rápida e o acesso à informação são fundamentais para o desenvolvimento e para o aperfeiçoamento da democracia. Cuidar melhor do seu patrimônio natural. Energia e mineração são fundamentais, mas as usinas, de qualquer tipo, sempre causam algum impacto ao meio ambiente e o petróleo e outros minérios são recursos não renováveis.

Segundo dados internacionais, na comparação com países de outros continentes – muitos deles sempre apontados como exemplos de organização e progresso – estamos longe de configurar uma aberração. Levantamento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) mostra o Brasil entre aqueles que têm menos servidores públicos em relação ao total de pessoas empregadas e em relação à população economicamente ativa (PEA). Uma lenda amplamente difundida é a de que há funcionários públicos demais. Alguém acha que há médicos demais nos postos de saúde? Há policiais demais nas ruas? Há professores demais nas escolas? Talvez haja muitos fiscais nas reservas ecológicas?

Incentivar a leitura. Os estudantes brasileiros devem levar mais de 260 anos para atingir a proficiência em leitura dos alunos de países desenvolvidos. Em matemática, a previsão é que eles atinjam o mesmo nível em 75 anos. Os dados são de um relatório divulgado em 2018 pelo Banco Mundial.

Com base nesses dados, o Banco Mundial produziu seu World Development Report, um relatório publicado anualmente pelo órgão para debater diferentes aspectos do desenvolvimento mundial. O documento é dedicado totalmente à educação e à crise global de aprendizagem. O Brasil é um dos países que vivem essa crise, ressalta o Banco Mundial.

Conclusão

A democracia funciona através de um sistema de pesos e contrapesos que interessa ao conjunto da sociedade independentemente de partidos, corporações

ou ideologia. Nenhum governo pode funcionar sem fiscalização. E essa fiscalização se viabiliza, nas democracias, através de duas instituições, a imprensa e a oposição.

O Estado Democrático de Direito se fundamenta e legitima a partir da "crença" de que o Poder Estatal emana do povo. Tem por princípio fundamental a democracia pluralista, conferindo abertura à participação social dos diversos representantes da sociedade civil, assegurando também o respeito aos direitos das minorias.

Referências

ARENDR, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 1981.

MARCONDES, D. **Iniciação à história da filosofia**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/politica/2019/05/683463-participacao-e-saida-a-crise-da-democracia-diz-nelson-dias.html

<http://www.aprasc.com.br/policia/acoes.asp>

<https://www.dw.com/pt-br/brasil-levar%C3%A1-260-anos-para-atingir-n%C3%ADvel-de-leitura-de-pa%C3%ADses-ricos/a-42776739-0>

O HOMICÍDIO DOLOSO PERPETRADO PELO MARIDO, CONVIVENTE, NAMORADO E AMASIADO, EM FACE DA SUA MULHER, POR MOTIVO DE CIÚME, ATRAI POR SI SÓ, A FIGURA DO FEMINICÍDIO?

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil¹.

Há uma discussão travada na doutrina e jurisprudência, se a morte produzida pelo ciúme^[1] de marido convivente, namorado e amasiado^[2] de maneira dolosa, em face da esposa poderia acumular com a qualificadora de motivo torpe e ao mesmo tempo ser feminicídio^[3].

Essa discussão se desdobra em vários pontos, nos quais ilustraremos adiante para melhor compreensão:

1. se o feminicídio é de natureza subjetiva, conforme posição minoritária? se o feminicídio é de natureza objetiva, posicionamento este majoritário^{[4][5]}?

1 Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

2. ainda há quem sustente que se teria uma hibridez, assim parte do feminicídio seria subjetiva (se afeta à discriminação de gênero) e a outra parte objetiva⁶¹ (relativa à violência doméstica ou familiar).
3. há ainda quem visualize a possibilidade de o marido ceifar a vida da esposa, sem os componentes de violência doméstica ou de razões da condição do sexo feminino, não cometeria feminicídio, mas sim possível homicídio simples ou o homicídio com qualquer outra qualificadora que não do inciso VI (feminicídio).

Descobrir o que consiste uma violência doméstica e familiar, assim como o menosprezo ou discriminação à condição da mulher, nos parece ser fundamental para o desate destes pontos nodais e de relevância à celeuma. Ademais, descobrir as variações de violência doméstica e familiar, bem como o menosprezo ou discriminação à condição da mulher, é fazer uma incursão no âmago da discussão, e implica em uma leitura atenta à Lei Maria da Penha, em que uma das hipóteses de incidência é justamente, a relação íntima de afeto. E mais, para chegarmos ao conceito de feminicídio, impõe uma análise da Lei nº 13.104/2015, conjugada com a Lei Maria da Penha.

Com advento da Lei nº 13.104/2015, o homicídio doloso tentado ou consumado, em face da mulher em âmbito doméstico e familiar ou por menosprezo ou discriminação da condição de mulher passa a ser homicídio qualificado expressamente como “feminicídio”. Vejamos:

“§ 2º-A Considera-se que há “razões de condição de sexo feminino” quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Nessa circunstância, temos que o marido que mata a esposa por ciúme^[71], é necessariamente um feminicídio, mormente quando voltamos o olhar, ao art. 5º^[81] e 7º^[91], ambos da Lei Maria da Penha. Por essas disposições, não conseguimos desvencilhar do fato de estarmos perante um feminicídio, diante da situação hipotética, em que o marido, convivente, namorado e amasiado mata dolosamente (ou tenta matar) a esposa (com as demais variáveis do estado civil) por ciúme.

O Superior Tribunal de Justiça quando enfrentou a natureza do feminicídio, o fez como qualificadora de ordem objetiva – embora tenhamos nossas ressalvas neste ponto.

Essa conclusão inicial pretoriana, é importante ao menos, como ponto de partida, para averiguarmos possível compatibilidade de qualificadoras de ordem objetiva e de ordem subjetiva.

Teríamos nessa perspectiva outra problemática: se partirmos do pressuposto de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende ser o feminicídio qualificadora de ordem objetiva, seria possível conciliar com outra qualificadora e até mesmo com o privilégio? Não poderia apresentar uma possível antinomia, frente a singularidade desta situação? Em respostas às provocações contidas nos questionamentos pelo menos no que toca às qualificadoras, a orientação do STJ tem sido que:

“considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, **temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime**

estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise” (STJ - REsp 1.707.113/MG, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, publicado no dia 7.12.2017).

E mais:

“Não caracteriza *bis in idem* o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar” [STJ. 6ª Turma. HC 433.898-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 24/04/2018 (Info 625)].

Então, na visão do Superior Tribunal de Justiça, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio.

Todavia, em contraponto extremamente elogiável (do qual comungamos do seu ponto de vista) a esse assunto que parece ganhar certa tendência na Corte acima, o promotor de justiça, Francisco Dirceu Barros, faz uma análise bem aprofundada sobre a temática, consignando que:

“O Dissenso Doutrinário

No que tange à natureza da qualificadora do feminicídio, há grande controvérsia doutrinária.

1.ª POSIÇÃO: FEMINICÍDIO É UMA QUALIFICADORA SUBJETIVA, PORTANTO É JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL A EXISTÊNCIA DE UM FEMINICÍDIO PRIVILEGIADO.

Defendo no livro *Tratado doutrinário de direito penal* que:

Entendo que qualificadora do feminicídio é subjetiva, na medida em que se enquadra na motivação do agente. **Ou seja, é homicídio cometido por estritas razões relacionadas à condição de mulher, não**

havendo ligação com os meios ou modos de execução do crime. A violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não são formas de execução do crime, e sim a motivação delitiva; portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva.^[4] [grifos nossos].

Assim, são qualificadoras:

a) Subjetivas (artigo 121, incisos I, II, V e VI, do CP)

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII – funcional.

b) Objetivas (artigo 121, incisos III e IV, do CP)

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

No mesmo sentido é a posição de:

Cezar Roberto Bitencourt:

[...] o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.

Alice Bianchini:

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que a mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. **A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo.**

É também a posição de: **Márcio André Lopes Cavalcante, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Eduardo Luiz Santos Cabette** etc.

Conclusões Práticas da Primeira Posição

Sendo o feminicídio uma qualificadora subjetiva, haverá, impreterivelmente, três consequências:

a) As qualificadoras subjetivas (artigo 121, incisos I, II, V, VI e VII) não se comunicam com os demais coautores ou partícipe no concurso de pessoas. As qualificadoras objetivas (artigo 121, incisos III e IV) comunicam-se, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos envolvidos.

b) **Não é possível a qualificadora do feminicídio ser cumulada com o privilégio do artigo 121, § 1.º, do Código Penal, ou seja, não existe feminicídio qualificado privilegiado, porque doutrina e a jurisprudência dominante sempre admitiram, como regra,**

homicídio qualificado privilegiado, estabelecendo uma condição; a qualificadora deve ser de natureza objetiva, pois o privilégio descrito nos núcleos típicos do artigo 121, § 1.º, são todos subjetivos, algo que repele as qualificadoras da mesma natureza.

- **Posição do STF:** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. **Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)** (HC 97.034/MG).
- **Posição do STJ:** Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. **Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas**, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa (RT680/406).

c) As qualificadoras do feminicídio (natureza subjetiva) e as qualificadoras do motivo torpe e fútil (natureza subjetiva) não podem ser cumuladas, constituindo-se um verdadeiro *bis in idem* a possibilidade de cumulação, uma vez que o desprezível menosprezo à condição da mulher já é um motivo abjeto, repugnante, torpe.

É também da 2.^a Câmara Criminal do TJMG:

A cumulação da qualificadora referente à futilidade do motivo do crime àquela do feminicídio configura o vedado *bis in idem*, uma vez que, inobstante a existência de respeitável entendimento em sentido diverso, ambas são qualificadoras de natureza subjetiva, já que estão ligadas à motivação do agente para a prática delitiva (Recurso em Sentido Estrito

0028221-64.2015.8.13.0572 (1), 2.^a Câmara Criminal do TJMG, Rel. Beatriz Pinheiro Caires. j. 22.09.2016, Publ. 03.10.2016).

2.^a POSIÇÃO: A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO É OBJETIVA, PORTANTO, É JURIDICAMENTE POSSÍVEL A EXISTÊNCIA DE UM FEMINICÍDIO PRIVILEGIADO.

Nesse sentido:

Vicente de Paula Rodrigues Maggio. Para o autor, com o advento da Lei 13.104/2015, que incluiu mais uma qualificadora no crime de homicídio, cinco passam a ser as espécies de qualificadoras: 1) pelos motivos (incisos I a II – paga, promessa ou outro motivo torpe, e pelo motivo fútil); 2) meio empregado (inciso III – veneno, fogo, explosivo, asfixia etc.); 3) modo de execução (inciso IV – traição, emboscada, dissimulação etc.), 4) por conexão (inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime); e, a novidade, 5) pelo sexo da vítima (inciso VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino). **Para Vicente Maggio, as qualificadoras previstas nos incisos III, IV e VI são objetivas.**

Paulo Busato. Para o autor, trata-se de **dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva.** A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2.º, incisos I, II e V, do Código Penal, quadro que não se confunde com a condição de fato, ou seja, com o contexto objetivo, caracterizador do cenário legal de violência de gênero. É a posição das 1.^a, 2.^a, 3.^a e 4.^a Turmas Criminais do TJDF (cf. TJDF, Recurso em Sentido Estrito 20150310129458 (939432), 1.^a Turma Criminal, Rel. Sandra de Santis, j. 06.05.2016, *DJe* 10.05.2016). Recurso da defesa não provido (TJDF, RSE 20160310000568 (967751), 3.^a Turma

Criminal, Rel. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, j. 22.09.2016, *DJe* 28.09.2016).

E também da 1.ª Câmara Criminal do TJMG:

As qualificadoras do feminicídio (natureza objetiva) e motivo torpe (natureza subjetiva) são distintas e autônomas, sendo possível o seu reconhecimento simultâneo, afastando-se, assim, o *bis in idem* (TJMG, Recurso em Sentido Estrito 2013983-98.2015.8.13.0024 (1), 1.ª Câmara Criminal, Rel. Alberto Deodato Neto, j. 02.08.2016, unânime, Publ. 12.08.2016).

Na mesma linha, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

- O Tribunal *a quo* decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, **sendo certo que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei n.º 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo**, não se pode falar em *bis in idem* no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.
- **Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp n.º 1.707.113/MG (DJ07.12.2017), no qual destacou que, considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à**

violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1741418/SP, 5.^a Turma, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.06.2018).

Conclusões Práticas da Segunda Posição]

a) Sendo a qualificadora de feminicídio de natureza objetiva, é possível coexistir com a qualificadora de motivo torpe ou fútil.

b) Para essa posição, é possível um “feminicídio qualificado privilegiado”. Filiamo-nos à primeira corrente, portanto entendemos ser juridicamente impossível a configuração da tese do “feminicídio qualificado privilegiado”.

OS GRANDES ERROS DA SEGUNDA TESE

Em algumas hipóteses, defender que o feminicídio é uma qualificadora objetiva seria interessante para fortalecer o combate à morte de mulheres, pois seria possível cumular a qualificadora objetiva do feminicídio com o motivo torpe ou fútil, que são subjetivas.

Assim, teríamos um feminicídio cumulado com motivo torpe.

É assim que vem decidindo o STJ:

Nos termos do art. 121, § 2.^o-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 440945/MG, 6.^a Turma, Min. Nefi Cordeiro, j. 05.06.2018).

A segunda tese revela dois grandes erros, a saber:

Primeiro:

Torpe é o motivo baixo, abjeto, desprezível, repugnante, vil, ignóbil, que repugna a coletividade. Pergunta-se: matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino, motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não é algo repugnante, vil, ignóbil ou repugnante? Entendo que sim. Portanto, o feminicídio traz em sua essência o conceito de torpeza, caracterizando-se um verdadeiro *bis in idem* a cumulação das duas qualificadoras, feminicídio mais a torpeza.

Segundo:

O concurso entre causa especial de diminuição de pena (homicídio privilegiado, artigo 121, § 1.º) e as qualificadoras objetivas, que se referem aos meios e modos de execução do homicídio, é aceito pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do STF e STJ.

Dessarte, ao defender que o feminicídio é uma qualificadora objetiva, abre-se o temerário espaço para apresentação da tese de que o agente cometeu o feminicídio impelido por motivo de relevante valor moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

É a inaceitável e maquiavélica consolidação do:

“Feminicídio privilegiado: o privilégio de matar mulheres”.

UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Para unificar as posições divergentes demandará muito tempo, ainda mais com a prevalência em nossa doutrina do garantismo penal condoreiro monopolar. Facilmente podemos prever que em pouco tempo será dominante a tese do “feminicídio privilegiado”.

O chamado garantismo penal condoreiro monopolar, ou seja, doutrina que patrocina uma proteção exagerada e desproporcional ao réu na relação penal processual, e que hoje contamina grande parte da doutrina

brasileira, logo fará a apressada filiação do feminicídio privilegiado, causando o usual fenômeno da violação ao princípio da proteção penal deficiente.

Cleber Masson, em citação à lição de Paulo de Queiroz, assinala:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.^[5]

No Brasil, além de não dispormos de um potencial legislativo eficaz para combater a ascendente criminalidade, temos que conviver com os exageros garantistas, como bem anotam Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna:

O exagero garantista, no sentido de que a “defesa tudo pode”, é tão gritante que chega a ponto de ensejar decisões inacreditáveis, que acabam fomentando comportamentos maliciosos, criminosos e desonestos dos réus no processo penal, desde que não venham a atingir os interesses de particulares, em uma visão individualista e – *data venia* – ultrapassada de um processo penal verdadeiramente democrático e garantista.^[6]

Prevedo o que pode ocorrer em um futuro breve, a única solução plausível para que matar mulher por razões de gênero não seja um fato fomentador de privilégio, **defendo que o feminicídio deve ser retirado da qualificadora do homicídio e se tornar um crime autônomo com pena igual a do latrocínio, a saber:**

Crime de feminicídio

Art. 121-A. Matar mulher motivado por razões da condição de sexo feminino:

Pena – reclusão, de vinte a trinta anos.

§1.º Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Revogam-se o inciso VI e o § 2.º-A do artigo 121 do Código Penal”
(BARROS, 2019, p. 1).

De qualquer modo, fazemos as ressalvas de não estarmos totalmente convencidos de ser possível, compatibilizar qualificadora de feminicídio em relação ao privilégio, pela singularidade em si da matéria, máxime por estarmos inclinados de que a qualificadora de feminicídio seria de índole subjetiva^[10] – e não objetiva, “datíssima máxima vênia” como a maioria da doutrina tem pregado, e, o STJ chancelado.

Das considerações finais

Caminhando para o desfecho, entendemos que o marido, convivente, namorado e amasiado que mata dolosamente (ou tenta matar) a esposa por ciúme, pratica necessariamente um feminicídio, mormente quando se visualiza à dicção do art. 5º e art. 7º, ambos da Lei Maria da Penha.

Por fim, encerramos com as ressalvas de que não estamos totalmente convencidos de ser possível, compatibilizar qualificadora de feminicídio em relação ao privilégio, pela singularidade em si da matéria, máxime por estarmos inclinados de que a qualificadora de feminicídio seria de natureza subjetiva – e não objetiva, como, a maioria da doutrina e o STJ têm firmado posicionamento, lembrando que para corrente que defender a **qualificadora do feminicídio ser de ordem**

objetiva, estará dizendo que juridicamente é possível a existência de um feminicídio privilegiado. Obviamente, de outro lado, quem comungar do nosso entendimento, onde a qualificadora do feminicídio seja reputada de ordem subjetiva, estará dizendo juridicamente que não é possível a existência de um feminicídio privilegiado, pela incompatibilidade.

Referências bibliográficas:

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio Privilegiado: O Privilégio de Matar Mulheres**. Publicado em 05.abr.2019 no site GenJurídico.com.br. Disponível em <<<http://genjuridico.com.br/2019/04/05/feminicidio-privilegiado-o-privilegio-de-matar-mulheres/>>>. Acesso em 07 de julho de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: Qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva**. Publicado no Meusitejuridico.com. Disponível em: <<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-feminicidio-tem-natureza-objetiva/>>>. Acesso em 07 de julho de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46/47.

STJ - AgRg no AREsp 363.919/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014.

STJ - REsp 1.707.113/MG, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, publicado no dia 7.12.2017.

STJ. Habeas Corpus nº 430.222/MG, julgado em 15/03/2018.

STJ. 6ª Turma. HC 433.898-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 24/04/2018.

TJDFT. Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105.

TJ-RO - APL: 00003355920168220005 RO 0000335-59.2016.822.0005, Relator: Desembargador Valdeci CastellarCiton, Data de Julgamento: 09/11/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 17/11/2016.

NOTAS:

^[11] Quanto ao ciúme, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que: “O sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inciso I ou II do parágrafo 2º, ou mesmo no privilégio do parágrafo primeiro, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso” (STJ - AgRg no AREsp 363.919/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014).

^[12] Quanto ao marido, convivente, namorado* e amasiado, partiremos da premissa de que STJ já deliberou que nessas hipóteses de fatos ocorridos em âmbito doméstico e familiar, em face de sua consorte (com as demais variáveis do estado civil), estaremos diante da Lei Maria da Penha.

^[13] Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

^[14] O festejado penalista, Guilherme de Souza Nucci, enfrentando o feminicídio pontua que se trata de “uma qualificadora objetiva, pois se ligaa gênero da vítima: ser mulher”, advertindo que “o agente não mata a mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, por motivos variados que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes’, não se descartando, ‘por óbvio, a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca’, tratando-se de ‘violência de gênero, o que nos parece objetivo, e não subjetivo” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46/47).

^[15] No julgamento do *Habeas Corpus* nº 430.222/MG, julgado em 15/03/2018, a Corte de Cidadania negou a ordem de soltura sob – dentre outros – o argumento de que as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não são incompatíveis porque não têm a mesma natureza: enquanto a primeira é subjetiva, esta última (feminicídio) é dotada de caráter objetiva.

^[6] QUALIFICADORA – FEMINICÍDIO – NATUREZA OBJETIVA (TJDFT) 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratioessendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. (TJDFT. Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105).

^[7] Apelação criminal. Feminicídio. Tentativa. Nulidade do julgamento. Exclusão das qualificadoras. Motivo fútil. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Impossibilidade. Soberania do júri. Dosimetria. Discricionariedade do juiz. Exasperação justificada. Descabe a exclusão da qualificadora de motivo fútil quando comprovado nos autos que o crime de feminicídio foi motivado por ciúmes e pela intenção da vítima de romper o relacionamento conjugal. Caracteriza a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima o ato de o agente surpreendê-la, em meio a uma discussão rotineira, e perseguí-la, reduzindo sua capacidade de defesa ao imobilizá-la aproveitando-se de sua superioridade física. Não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando existente versão coerente e consentânea com os meios de provas existentes nos autos. É lícita a fixação da pena acima do mínimo legal quando fundada na correta valoração das circunstâncias judiciais, com fundamento concreto em elementos observados nos autos e uso de uma das qualificadoras para aumento da pena-base, tendo o Juízo a quo apontado clara e precisamente os motivos para a escolha do patamar fixado, conforme lhe permite a discricionariedade. (Apelação, Processo nº 0000335- 59.2016.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci CastellarCiton, Data de julgamento: 09/11/2016)(TJ-RO - APL: 00003355920168220005 RO 0000335-59.2016.822.0005, Relator: Desembargador Valdeci CastellarCiton, Data de Julgamento: 09/11/2016,

2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 17/11/2016).

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

CAPÍTULO II

DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

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.

¹⁰¹ Lembrando que o feminicídio é homicídio cometido por motivações relacionadas, obviamente, à condição de mulher (sexo feminino), não existindo em nosso sentir, liame com os meios ou modos de execução do crime. Outrossim, a violência doméstica, familiar e também o próprio menosprezo ou discriminação à condição de mulher são ingredientes contidos na legislação para ocorrer o feminicídio, não consistem em formas de execução do crime, mas propriamente a real motivação delitiva. Logo, o feminicídio nessa linha de raciocínio, é uma qualificadora de ordem subjetiva.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL

JOSÉ EDUARDO BRASIL LOURO DA SILVEIRA:
Pós Graduado em Direito Constitucional

1. Introdução.

O objetivo do trabalho consiste em examinar os aspectos introdutórios da teoria geral dos recursos no processo penal. O enfoque particular do estudo se voltará ao estudo das classificações, natureza jurídica e efeitos recursais no sistema processual criminal brasileiro. Assim, o busca-se, inicialmente, se há efetivamente previsão de direito ao recurso no sistema jurídico, e de quais instrumentos normativos poderia este poder ser extraído.

Outrossim, as principais questões jurídicas da teoria geral dos recursos consistem em desvendar sua natureza jurídica, conceito, características e efeitos, sendo o estudo preliminar imprescindível à adequada compreensão dos recursos penais em espécie.

2. Direito ao Recurso e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Atualmente, o direito individual de insurgir-se contra os provimentos judiciais que causem insatisfação aos litigantes é tido como corolário do devido processo legal, e, assim, indispensável em um sistema processual lastreado no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a Constituição da República consagrou o direito ao recurso enquanto garantia individual no art. 5º, LV, nos seguintes termos:

Art. 5º

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como meios e recursos a ela inerentes;

Vê-se, pois, que o recurso contra as decisões judiciais foi previsto no texto constitucional enquanto direito individual, de modo que, com a disciplina da matéria feita pela legislação processual, é garantido às partes o direito de impugnar os provimentos jurisdicionais através da medida recursal prevista em lei.

Há, contudo, uma parcela da doutrina brasileira que não enxerga, no dispositivo constitucional, uma garantia ao duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar Alencar:

Uma correção no rumo se faz preciso: o duplo grau de jurisdição não é princípio sufragado na Constituição. Há processos penais onde esse duplo grau inexistente, tais como aqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal. A garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988) e a enunciação que preconiza 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/1998), não induzem a existência do princípio do duplo grau de jurisdição a nível constitucional. Por tal razão, a afirmação desse princípio é ser compreendida, como de cunho histórico, tradição de uma política legislativa que encontra sua raiz nos ideais da Revolução Francesa e que se espalharam na cultura forense brasileira (2009, p. 749 e 750).

Conforme alertam os autores, o direito ao recurso não está presente em todo e qualquer processo criminal. Há situações em que há impossibilidade lógica de reforma da decisão contra a qual o acusado busca insurgir-se através do seu reexame por uma instância superior, notadamente naquelas hipóteses em que, em face da prerrogativa de foro outorgada ao acusado pela Constituição Federal, o processo terá origem no próprio Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, a Suprema Corte atuará como única instância a apreciar o processo, haja vista que a organização judiciária nacional situa o STF como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Em todo caso, ainda que, excepcionalmente, existam processos criminais em que não existem recursos disponíveis aos litigantes, parcela da doutrina reconhece no art. 5º, LV do texto constitucional o direito recursal do jurisdicionado:

Nesse ponto, o nosso art. 5º, já repleto de garantias individuais de índole processual, não deixou por menos: no inc. LV, garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. A exigência

constitucional não deixa margem a dúvidas: como regra, é direito de toda pessoa submetida a processo penal obter nova decisão sobre a matéria de seu interesse. E, por nova decisão estamos nos referindo a uma decisão que substitua aquela impugnada na via recursal. A substituição será total, ainda que a decisão reformada seja mantida parcialmente. (OLIVEIRA, 2008, p. 691)

O duplo grau de jurisdição também encontra-se previsto no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, que inclui, no art. 8º, 2-h, como garantia mínima de todo acusado “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Assim, a norma internacional, que vigora no território brasileiro desde o ano de 1992, em que foi publicada sua promulgação, determina expressamente que os indivíduos submetidos a processo criminal poderão recorrer à segunda instância para obter a reforma dos julgados.

Com efeito, é importante destacar que existe uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* que deve ser conferido às normas previstas no Pacto de São José da Costa Rica, considerando-as como disposições de natureza constitucional ou de legislação ordinária. Isso porque o art. 5º, §3º da Constituição Federal, que determina que os tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional conforme o rito das Emendas Constitucional serão equivalentes a estas somente foi incluído pela EC nº 45/2004, ou seja, após a incorporação da CADH ao direito interno, ocorrida no ano de 1992.

Há, todavia, parcela substancial da doutrina pátria que entende que os direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais incorporados antes da inclusão do art. 5º, §3º ao texto constitucional devem manter seu *status* de norma constitucional. A esse respeito, é valiosa a lição de Flávia Piovesan (2010, p. 54-55):

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, §2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas

constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal também já manifestou-se a respeito da hierarquia que ocupam as normas do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento, adotando, contudo, entendimento distinto do que foi mencionado. Nesse sentido, no julgamento do RE 466.343/SP, no qual discutia-se a respeito da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, permitida pela CF/88 e vedada pela CADH, a Suprema Corte adotou o entendimento que as normas do pacto teriam hierarquia supralegal, ou seja, estariam acima da legislação ordinária, sem, contudo, revogar os dispositivos constitucionais contrários:

EMENTA - PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF – RE 466.343 SP , Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 03/12/2008)

Com base no entendimento adotado pelo STF, o princípio do duplo grau de jurisdição também estaria garantido no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que encontra-se previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e, pelo seu *status* de princípio supralegal, teria efeito paralisante em relação às normas previstas pela legislação ordinária que o violassem.

Assim, o direito ao recurso - ou princípio do duplo grau de jurisdição - é inerente ao nosso processo penal, encontrando guarida tanto nos tratados internacionais que dos quais o Brasil faz parte quanto na Constituição Federal, que o associa ao princípio da ampla defesa.

3. Conceito e Natureza Jurídica dos Recursos

Os recursos criminais costumam ser classificados como o remédio processual através do qual uma das partes impugna um provimento judicial, objetivando que este seja revisto e reformando pelo órgão *ad quem*. Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci define o instituto da seguinte maneira:

É o direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão, total ou parcial, em instância superior. (2010, p. 842)

É preciso atentar, todavia, para o fato de que essa definição também é aplicável para conceituar as ações autônomas de impugnação, as quais também podem ser utilizadas para atacar as decisões judiciais, e que, conforme estudaremos, possuem natureza distinta dos recursos. Por essa razão, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 30) destacam que, enquanto os recursos não provocam a instauração de uma nova relação processual, o meio autônomo de impugnação desencadeia o exercício de uma nova ação, gerando um novo processo.

A natureza jurídica dos recursos, por sua vez, é uma questão que apresenta divergências na doutrina pátria. A parcela majoritária da doutrina manifesta-se no sentido que o recurso seria uma continuidade do direito de ação, conforme posiciona-se Nucci:

O direito de peticionar ao Poder Judiciário para a obtenção de uma decisão aplicando a norma ao caso concreto, disciplinando conflitos de interesse e fazendo valer o poder punitivo do Estado, denomina-se direito de ação. Nessa medida, é preciso considerar o recurso como um mero desdobramento desse direito primário. Seria o segundo estágio para que se obtenha o provimento jurisdicional almejado. (2010, p. 843).

O posicionamento em questão é objeto de críticas, tendo em vista alguns autores consideram que há dissonâncias entre o exercício do direito de ação e o recurso contra as decisões judiciais.

Entre essas discrepâncias entre direito de ação e recurso, é possível mencionar a distinção na titularidade do direito de ação, que pertence, na seara criminal, ao

órgão acusador do Poder Público ou ao ofendido, enquanto o direito ao recurso pode ser exercido por todo aquele que sofreu a sucumbência processual (no caso da defesa, quando não houver absolvição).

Com base nesse entendimento, alguns autores entendem que não haveria desdobramento no direito de ação quando da interposição, pelo acusado, de um recurso, pois este, ao prolongar a ação penal, estaria "a prosseguir com seu direito de ação com sinal negativo." (TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 748).

Conclui-se, portanto, que a parcela majoritária da doutrina aponta a natureza jurídica dos recursos como exercício do direito de ação, apesar que este entendimento é objeto de crítica por alguns autores, que apontam distinções consideráveis entre os institutos.

4. Características dos Recursos

A doutrina estabelece algumas características essenciais dos recursos no processo penal. Inicialmente, diz-se que os recursos serão *voluntários*, de modo que sua interposição depende da vontade da parte sucumbente.

Todavia, embora a característica da voluntariedade seja a regra no sistema recursal penal, há também hipóteses expressamente previstas na legislação processual na qual ocorre a interposição do recurso de ofício pelo magistrado, sem que haja necessidade da parte manifestar-se a esse respeito.

Essas exceções à característica voluntária dos recursos estão previstas no artigo 574 Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

Os recursos devem, ainda, ser *tempestivos*, estando sujeitos a um prazo previsto em lei para sua interposição, sob pena de preclusão e, em determinadas situações, ao trânsito em julgado da decisão que se busca impugnar.

Nesse contexto, a legislação que regula cada espécie de recurso prevê um lapso temporal em que este poderá ser utilizado para impugnação da decisão contra a qual a parte busca insurgir-se. Após esse prazo, o recurso será considerado intempestivo pelo órgão *a quo* ou *ad quem* (a depender de a quem incumbe examinar a admissibilidade recursal), e, portanto, inadmissível.

Sobre o tema, traz-se à baila a lição de Tourinho Filho (2011, p. 856):

Se o recurso está previsto em lei e a parte dele queira fazer uso, todas as peculiaridades desse recurso devem ser observadas. Uma delas é a tempestividade, isto é, o recurso deve ser interposto dentro do prazo legal. A lei estabelece os vários prazos recursais. P. ex.: o recurso em sentido estrito, de regra, deve ser interposto em 5 dias (art. 586); a apelação, também em 5 (art. 593); a apelação subsidiária, em 15 (art. 598, parágrafo único); a apelação de que trata a Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 82. §1º da Lei 9099/95) em 10 dias, etc.

Os prazos recursais são fatais, contínuos e peremptórios, nos precisos termos do *caput* do art. 798 do CPP, não se interrompendo por férias, domingo ou feriado, salvo as hipóteses previstas no §§ 3º e 4º do referido artigo.

A terceira característica apontada pela doutrina é a *taxatividade* recursal, significando que a parte somente poderá utilizar um recurso caso esteja expressamente previsto em lei. Dessa forma, a legislação estabelece, em *numerus clausus*, quais recursos são cabíveis no sistema processual penal, bem assim como em que hipóteses cada um desses pode ser interposto, não sendo permitido que a parte utilize recurso em expressa previsão legal.

Conforme salienta Nucci (2010, p. 844), caso assim não fosse, inexistiria segurança jurídica, haja vista que toda e qualquer decisão, sob qualquer circunstância, desagradando uma das partes, poderia ser questionada em instância superior.

Afirma o autor, assim, que a ampla possibilidade recursal fomentaria atitudes protelatórias, impedindo o equilibrado andamento do processo.

5. Efeitos Recursais.

Os recursos podem, ainda, ser estudados com relação aos efeitos que produzem quando interpostos.

Primeiramente, os recursos, de modo geral, possuem efeito *devolutivo*. Entende-se por efeito devolutivo dos recursos que a matéria impugnada pelo recorrente será devolvida à instância superior competente, de modo que esta proferirá nova decisão, substituindo o provimento impugnado. Dessa forma, todos os recursos previstos em lei são dotados de efeito devolutivo, vez que sequer haverá recurso se não houver possibilidade de reexame da matéria pelo órgão *ad quem*.

Cumprido salientar que embora todos os recursos sejam dotados de efeito *devolutivo*, a sua extensão poderá ser delimitada conforme a casuística recursal. Isso porque aplica-se também no processo penal o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que o órgão responsável pelo reexame da matéria deve restringir-se àquilo que foi impugnado pelo recorrente.

A respeito da extensão do efeito devolutivo, os civilistas Didier Jr. e Cunha (2010, p. 83), complementam:

A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento da matéria estranha ao âmbito de julgamento (decisão) *a quo*. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515).

Os recursos, podem, ainda, serem dotados de efeito *suspensivo*, ou seja, obstar a eficácia da decisão recorrida (TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 758). Dessa forma, caso o recurso seja dotado de efeito suspensivo, este possuirá uma eficácia paralisante em relação à provimento impugnado, que não produzirá efeitos até seu reexame pela instância superior.

Por fim, a doutrina aponta, ainda, o efeito *regressivo* de determinados recursos no processo penal, a exemplo do recurso em sentido estrito, no qual permite-se que o juízo que proferiu a decisão impugnada exerça o juízo de retratação antes da remessa ao juízo *ad quem*.

6. Conclusão.

O estudo introdutório da teoria geral dos recursos no processo penal permite chegar às seguintes conclusões: a) o acusado tem direito de impugnar os provimentos jurisdicionais através da medida recursal prevista em lei, conforme previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal e no art. 8º, 2-h, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil e com *status* supralegal; b) todos os recursos, por definição, são interpostos na mesma relação jurídica que o processo originário e obstam seu trânsito em julgado até que sejam apreciados e não haja mais recurso cabível contra a decisão, ou, se houver, não ocorra sua interposição; c) as sentenças criminais também podem ser atacadas por ações de impugnação, institutos jurídicos distintos dos recursos, pois configuram o exercício de uma nova ação, e, portanto, o nascimento de um novo processo, além de não obstarem o trânsito em julgado das decisões contra as quais são interpostas; d) as características principais dos recursos são a *voluntariedade*, *tempestividade* e *taxatividade*; e) os recursos em geral possuem efeito *devolutivo*, havendo e efeito *suspensivo* e *regressivo* em algumas espécies recursais.

REFERÊNCIAS

- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. vol. III.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A.M.G.; FERNANDES, A.S. **Recursos no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: AVANÇO OU RETROCESSO?

BEATRIZ CRISTINA FAKIH LEITE MARQUES:

Formada em Direito pela Faculdade Toledo de Araçatuba/SP. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito Damásio Evangelista de Jesus. Delegada de Polícia no Estado de Pernambuco. Atualmente no cargo de Delegada Seccional de Boa Viagem.

RESUMO: A precariedade do sistema penitenciário brasileiro vem sendo veiculada pelos canais de notícias, deixando pública a insuficiência do mesmo para atender a demanda de indivíduos que sofrem pena de reclusão no Brasil. Diante disso neste estudo tem-se como objetivo geral analisar a aplicação da audiência de custódia no Brasil e seus impactos na persecução criminal. Para tanto, foi feita uma pesquisa bibliográfica, considerando-se que a partir das pesquisas e documentos já existentes foi possível evoluir com mais qualidade e eficiência no estudo proposto. Ao final do estudo pode-se perceber que audiência de custódia veio para mostrar que mesmo não sendo o seu propósito, sua aplicabilidade prática tem cooperado para redução das prisões, sendo talvez uma possibilidade de redução carcerária. Compreendeu-se com esse estudo que as reduções já obtidas no Brasil, com a audiência de custódia, trouxeram benefícios sociais e financeiros ao sistema público, e se assim continuar, poderá fazer grande diferença na minimização da superlotação carcerária.

Palavras-chaves: Audiência de custódia. Brasil. Sistema penitenciário. Direito penal

ABSTRACT: The precariousness of the Brazilian penitentiary system has been conveyed by the news channels, leaving public the insufficiency of the same to meet the demand of individuals who suffer prison sentences in Brazil. In this study, the general objective is to analyze the application of the custody hearing in Brazil and its impact on criminal prosecution. For this, a bibliographical research was done,

considering that from the researches and existing documents it was possible to evolve with more quality and efficiency in the proposed study. At the end of the study it can be seen that the custodial audience came to show that even though it was not their purpose, its practical applicability has cooperated to reduce prisons, and it is perhaps a possibility of prison reduction. It was understood with this study that the reductions already obtained in Brazil, with the custodial audience, have brought social and financial benefits to the public system, and if this continues, it can make a great difference in minimizing prison overcrowding.

Keywords: Custody hearing. Brazil. Penitentiary system. Criminal law

1 INTRODUÇÃO

A precariedade do sistema penitenciário brasileiro vem sendo veiculada pelos canais de notícias, deixando pública a insuficiência do mesmo para atender a demanda de indivíduos que sofrem pena de reclusão no Brasil. Os problemas em torno do sistema penitenciário tem sido um dos mais discutidos por envolver questões de várias esferas do Direito, sendo a principal delas a dos Direitos Humanos, visto que os presídios brasileiros apresentam superlotação, precariedade nas instalações, bem como falta de assistência aos presos, uma realidade que ao invés de proporcionar a ressocialização dos reclusos reforçam a criminalidade.

Embora o indivíduo que recebeu pena privativa de liberdade tenha esse direito suspenso por lei, o mesmo ainda fica passível dos demais direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Execução Penal. Os direitos fundamentais afirmam-se através da busca constante contra o domínio, a exploração e todas as formas de agressão à dignidade humana, é uma luta permanente por relações solidárias e justas. O homem é reconhecido como um sujeito de direitos onde quer que ele esteja, enquanto membro da comunidade

mundial o ser humano tanto pode ser vítima das violações dos direitos fundamentais, como pode ser acusado de violar estes mesmos direitos (GRECO, 2016).

Para Foucault (2004), a forma de punir utilizada pelo Estado foi sendo abrandada no decorrer do tempo, se no início o indivíduo era penalizado com expulsão, exílio e, até mesmo, com amputação e morte, nas sociedades mais modernas o encarceramento passou a ser penalidade máxima a ser aplicada nos casos em que houvesse descumprimento da lei. Todavia, é válido destacar que o teórico é contra qualquer forma de punição, para ele a educação é a chave para correção daqueles que vão de encontro à lei, considerando a prisão como um instrumento de fabricação daqueles que serão encarcerados mais uma vez.

No Brasil, o que se vê é que a lei não cumpre sua função social, podendo-se perceber esse fato no sistema penitenciário brasileiro que é alvo de inúmeras rebeliões por parte dos presos, fugas e reincidência ao crime. De acordo com Minayo (2014), os presos são submetidos a condições degradantes e ao saírem da prisão são alvos de estigma não conseguindo reconstruir sua vida em sociedade, o que comprova que a pena restritiva de liberdade não consegue a ressocialização do preso, portanto, não cumpre sua função social. Reunidos em celas pequenas, presos brasileiros convivem entre si independente do crime cometido, aqueles que são “novatos” no mundo do crime acabam aprendendo os chamados “macetes”, sem contar que vivem em condições revoltantes, muitos chegam a sofrer abusos sexuais, sendo estes fatores determinantes para a reincidência, o que torna as cadeias uma escola do crime.

Nesse cenário, mudanças na forma de atuação do Sistema Processual Penal se fizeram necessárias, passando a ser aplicada no Brasil a chamada Audiência de Custódia, que vem ampliando os debates nessa área, surgindo discussões sobre os

seus impactos na persecução criminal, o que faz perguntar: trata-se de um avanço ou um retrocesso?

Diante disso neste estudo tem-se como objetivo geral analisar a aplicação da audiência de custódia no Brasil e seus impactos na persecução criminal.

Ressalta-se que a pesquisa realizada segundo a utilização dos resultados se classifica como pura, tendo, portanto, a finalidade de aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição. Nesse caso, se tem o entendimento sobre os desafios enfrentados pelos gestores de presídios no trato com as facções, bem como sobre a relação entre a precariedade do sistema penitenciário e a disseminação das facções.

Quanto à abordagem, a pesquisa se classifica como qualitativa, exploratória e explicativa no que diz respeito aos objetivos, isso porque se buscou explorar o tema, buscando maiores informações sobre ele, tendo como base os objetivos traçados neste estudo.

Em relação ao tipo de pesquisa, esta assumiu as características de uma pesquisa bibliográfica, que tem como finalidade posicionar o leitor, o colocando em contato com tudo que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto. Assim, se procedeu com a busca de informações sobre o sistema prisional brasileiro e a disseminação das facções em livros, revistas, artigos, jornais e publicações oficiais da justiça brasileira.

Assim, foi feita uma pesquisa bibliográfica, considerando-se que a partir das pesquisas e documentos já existentes foi possível evoluir com mais qualidade e eficiência no estudo proposto. Foi tomado como base o que os autores escreveram, podendo-se compreender diferentes pontos de vistas sobre o assunto, direcionando o estudo no melhor caminho para tornar a pesquisa confiável.

2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

A Lei da Execução Penal é a forma que se apresenta o direito de punir no Brasil, e está na Lei nº7.210, de 11-07-1984 (LEP), esta emerge para dar resposta para uma grande parcela da sociedade jurídica nacional, pela revogação da Lei 3.274/1957 e o fortalecimento de uma execução penal consubstanciada com o direito, com escopo humanitário, dirigente e ordenada para com o Estado de Direito, tendo um segmento aberto e dirigido, a proteção da norma positivada e a harmônica integração social do recluso e do internado, é o que seu exordial artigo preceitua.

Assim, consoante com o seu art.1º; este traz em seu bojo, os dois principais e primordiais objetivos que seria uma execução cumprida plena e eficazmente, ou seja, o apenado seria submetido à sanção imposta pelo estado, de modo que este seja capaz de alcançar o reconhecimento de valores difundidos pela sociedade, de maneira que retorne ao pacífico caminho da convivência social. Desse feita, esse primeiro objetivo vem a enfatizar o cerne preventivo da pena, no qual permeia a sanção penal. O segundo intuito da execução, é o de que, esta deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal para que haja legitimidade na recuperação do apenado. O mesmo artigo estipula que a cooperação da comunidade se faz necessária, dando suporte ao estado, pois os cumpridores de execução da pena e da medida de segurança, necessitam desse aporte para seja possível se readaptarem.

Na fase da execução da pena, a competência jurisdicional é definida por quem dirige o presídio: sendo federal, juiz federal; se for estadual, juiz estadual, não sendo relevante o delito cometido. Em conformidade com o art.3º da Lei de Execução Penal, ao condenado e ao internado inexistirão diferenças seja de natureza racial, social, religiosa ou política, e serão garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Onde o internado, se define, como todo aquele sujeito subordinado a tratamento ambulatorial ou psiquiátrico internado em Hospital de Custódia em decorrência de cumprimento de medida de segurança, consoante o

art.172 da Lei de Execução. Segundo a Lei n. 7.210/84, em seu art. 41 são assegurados muitos direitos aos presos dentre os quais:

Alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração, Previdência Social, o descanso e a recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, entrevista pessoal e reservada com o advogado, visita do cônjuge, da companheira, chamamento nominal, igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena, representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito e contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes...

Assim, Mirabete (2007) esclarece sobre essa fase executória; afirmando ser inerente a execução penal o intuito da reabilitação social, tornando-se evidente, o dever do estado oferecer aos reclusos os direitos assistenciais, como meio de possibilitar-lhe a manutenção, de alguns direitos (saúde, educação, assistência jurídica) - auxiliando lhes na tarefa da reinserção social.

No artigo 61, a LEP, apresenta quais são os órgãos que devem participar da Execução penal, demarcando suas atribuições no artigo seguinte, e sem prever qualquer grau de hierarquia entre eles, ou seja, a preferência do legislador em incorporar em um só capítulo os órgãos da execução, recomendando seu desempenho em conjunto, enfatiza a inclinação atual na diretriz do estado democrático de direito. Ao contrário de se afastarem, esses órgãos desempenham

uma tarefa homogênea no decorrer da execução da pena, com esferas de competência e imputações bem demarcadas: O Juízo da Execução; O Ministério Público; O Conselho Penitenciário; Os Departamentos Penitenciários; O Patronato; O Conselho da Comunidade; A Defensoria Pública; O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Dessa forma, realizando uma visão normativa da Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984, fica denotada a preocupação do legislador na efetivação da aplicação das penas. Do mesmo modo, medidas de Política Criminal e de Gestão Pública precisarão ter como propósito a eficácia das normas de execução penal, com intuito de permitir a ressocialização dos criminosos, tendo como gênese os estabelecimentos prisionais até as condutas que assegurem a reinserção de um grupo que esteve à margem da sociedade, ao seu retorno a esta.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A NÃO EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS PRESOS

O Brasil tem 1.478 unidades prisionais, de acordo com a verificação mais atualizada sobre o sistema carcerário, publicado em 2015 pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN). A Lei n. 7.210, de 1984, denominada como Lei de Execução Penal (LEP), afirma que nesses estabelecimentos penais as 654.373 pessoas que integram a população carcerária brasileira, conforme os últimos números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2017), devem efetivar seus preceitos.

Para uma melhor percepção, é cabível que se traga a ponderação, algumas apreciações, no intuito de que um devido raciocínio lógico seja estabelecido. Assim, ao sentenciado, ao sujeitado à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso, estes, são designados aos estabelecimentos penais. Onde, em um só

complexo de edificações penitenciárias, poderão existir conjuntamente, vários estabelecimentos, sendo estes apartados, com uma destinação distinta. Desta feita, o estabelecimento penal, deverá contar em seus compartimentos, de acordo com suas características, com setores e serviços destinados a: dar educação, assistência, prática esportiva, trabalho e recreação.

Serão respeitadas as condições pessoais, impondo a LEP em seu Art. 82, locais adequados e separados, destinados a mulher e o maior de sessenta anos. Em relação às penitenciárias femininas, a segurança interna será exercida por agentes do sexo feminino e estas reclusas poderão contar com berçário, onde a estas serão oportunizadas o cuidado com seus filhos, podendo amamentá-los, no mínimo, até seis (seis) meses de idade. Também o Art. 83 da LEP aborda a possibilidade de salas de aulas serem implantadas, possibilitando o ensino básico e profissionalizante. Existirá, além disso, dependências propostas a estágio de estudantes universitários.

Também àqueles que devem cumprir as penas em locais separados, o estabelecimento penal deverá ser munido de compartimentos diversos, onde citaremos o que preceitua o artigo 84 da LEP: o preso provisório será separado do condenado por sentença transitada em julgado; os presos condenados deverão ser separados satisfazendo alguns critérios: dentre os quais o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela designada para os reincidentes; e, também, ao que era ao tempo do fato, funcionário público, terá um local separado para cumprimento da pena.

O estabelecimento penal necessita possuir uma consonância entre lotação comportável e a sua estrutura e propósito. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNCP) (2014) é o responsável por determinar o contorno de capacidade máxima do estabelecimento, acolhendo a suas peculiaridades e particularidades. As penas privativas de liberdade adotadas pela Justiça de uma Unidade Federativa são facultadas o seu cumprimento em unidade diversa, em

estabelecimento local ou da União. Assim como, será permitido edificar estabelecimento penal em localidade afastada da condenação para abrigar os condenados, quando a adoção da medida possa ser justificada por conveniência da segurança pública ou mesmo do sentenciado.

De acordo com o caráter do estabelecimento, nele estarão aptos ao labor, os liberados ou egressos que tenham como dedicação as construções públicas ou a empregabilidade em terras improdutivas. Dessa forma, a requerimento da autoridade administrativa, competirá ao juiz competente, deliberar o estabelecimento prisional apropriado para acolher o preso provisório ou condenado, considerando o regime e as condições instituídas. Demonstra-se desta feita, que os sistemas são fundamentados no princípio do isolamento, na modificação dos maus costumes e do crime, submetendo o apenado ao silêncio e a contrição para que se ache capacitado ao regresso à sociedade, isento de hábitos tortuosos e aptos a tornarem-se capazes de responder por suas práticas, acatando a ordem e o controle.

Em outro prisma, numa visão realista, podemos averiguar que apesar do disposto em lei o que é observado em certa amplitude, é o colapso do sistema prisional, com estabelecimentos impossibilitados de nenhuma conservação da dignidade da pessoa humana. A pena deve alcançar o seu desígnio, que é o de precaução e repreensão do crime, corroborando aos restantes a inviabilidade da ocupação delituosa. Na outra suposição, afora punição do crime, a execução da pena deve apresentar ao condenado a possibilidade de ressocialização, porque ao seu término, o próprio deve retornar a vida em sociedade. Realizando uma análise sobre a matéria, numa ótica prática, Marcão (2007, p. 94) exemplifica:

As penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, celas individuais. Todavia, é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se

ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir.

Assim, o regresso dos apenados ao possível e salutar convívio da sociedade é o cerne da execução, como também, a estes, este retorno deveria ser certo depois de ter seu débito saldado com a coletividade, mas para isso, é forçoso a sua estada em estabelecimento penal, administrada pelo Estado, como escopo de recuperação, com garantia a sua vida, pois necessita sair vivo e com saúde, deste estabelecimento.

O sistema carcerário ao longo dos anos nunca se aprestou com uma infraestrutura satisfatória e, o que já não era viável, vem se sucateando no decurso do tempo. Em paralelo a isso, a situação da população carcerária sofre com as implicações dessa debilidade que se agrava progressivamente. De acordo com a Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR) (2017), o país precisa combater a severa superlotação e o poder paralelo dentro dos presídios. Para o alto comissário da ONU para os Direitos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, a administração prisional tem sido impactada pela violência generalizada somada a falhas no judiciário, sendo fundamental que seja feito o ajuste do número de presos nas unidades prisionais e, ainda, que se combata os sistemas de poder paralelo (Organização Nacional das Nações Unidas no Brasil - ONUBR, 2017).

A precariedade do sistema penitenciário brasileiro tem ferido os direitos humanos dos presos, a superlotação os deixa em estado desumano, ferindo sua dignidade, devendo-se lembrar dos direitos sociais à educação, à saúde, enfim, deixa de cumprir com sua função principal que é a de ressocialização já que com os direitos humanos negligenciados, os presos não conseguem ter esperança em retomar suas vidas. Cardoso, Schroeder e Blanco (2014) sobre o assunto destacam:

Hodiernamente, percebe-se em nossa sociedade que para se punir um crime, cometem-se vários outros, visto que as instituições destinadas ao cumprimento das sentenças se mostram verdadeiramente indignas e degradantes – em total desrespeito para com os direitos humanos dos apenados. É exemplo a insuficiência estrutural, traduzida na falta de ventilação, tratamento de esgoto ou até mesmo na própria acomodação dos apenados, que por muitas vezes, acabam amontoando-se um por cima dos outros nas celas, pela própria falta de espaço.

Desse modo, é fundamental que sejam buscadas melhorias para modificar essa realidade, principalmente, em relação à infraestrutura e à gestão dos presídios brasileiros. Nesse sentido, importante destacar o relatório da ONU através de seu *UN Human Rights Council* (UHRC), em português, Conselho de Direitos Humanos, divulgado em 2016, onde são trazidas críticas ao sistema prisional brasileiro, destacando o tratamento dispensado aos presidiários, a superlotação e as condições dos ambientes de detenção, que foram consideradas como cruéis, desumanas ou degradantes. Em números, é possível verificar a situação degradante que traz a superlotação nos presídios, considerando que o país em 2016 possuía 711.463 presos e que a capacidade total dos presídios é de 376.669. Os presídios

de Pernambuco, por exemplo, foram apontados com 265% em lotação acima de sua capacidade.

As alegações que comprovam o perecimento desse sistema é o diminuto investimento estatal, sendo o principal reflexo para acarretar o perecimento do sistema penitenciário brasileiro. Onde este sistema atual só oferece condições ao recluso, para que este se mantenha atrás das grades, e em hipótese alguma a possibilidade de um retorno ao seio da sociedade. Importante mencionar que a situação degradante dos presídios brasileiros é colocada como uma violação aos direitos dos presos. Dentre os direitos dos presos cita-se o direito de não produzir provas contra si, direito ao silêncio, à assistência à família do preso e a um advogado, além de todos os demais direitos humanos, com exceção ao direito de liberdade.

O direito de não produzir prova contra si mesmo está consagrado no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, se configurando como um direito mínimo do réu (QUEIJO, 2003). Por sua vez, o direito ao silêncio, de acordo com, Couceiro (2004), está diretamente relacionado ao direito de não se autoincriminar, estando previsto no artigo 186 do Código de Processo Penal (CPC), que destaca que o silêncio não pode ser interpretado pelo juiz como uma forma de prejudicar a defesa. A assistência à família do preso e de um advogado também são assegurados ao preso, que passará, portanto, a receber auxílio e um advogado do sistema público, defensor público, durante o processo judicial.

Além dos direitos específicos citados, salienta-se com base no artigo três da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/1984, que todos os direitos humanos também são garantidos aos presos, com exceção daquele que a pena alcançar, como o direito de liberdade. Assim, todos os direitos fundamentais estão garantidos ao preso, portanto, que a sentença lhe dada não os tenha atingido. Ressalta-se que a

ressocialização do preso é revista no âmbito da Lei de Execução Penal, onde se pode perceber desde o artigo 10 e 11, o qual assegura assistência ao preso, que dizem:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional;

V - social; VI - religiosa.

Em cada uma dessas vertentes estabelecidas pelos incisos do artigo 11 da Lei de Execução Penal, podem ser percebidas novas garantias, na assistência material pode-se falar da infraestrutura dos presídios que deve ter capacidade para recebê-los, com boas condições para o descanso e higiene, à saúde, onde o preso deve ter acesso à assistência médica, à educação, jurídica e social, e ainda religiosa, dando liberdade ao preso de expressar seus ideais religiosos.

De acordo com a Organização Nacional das Nações Unidas no Brasil (2017), os problemas de saúde nos presídios brasileiros são emergenciais, destacando a elevada incidência de tuberculose entre a população carcerária. De acordo com dados do Ministério da Saúde do Brasil (2015), se tem nos presídios 932 casos a cada 100 mil habitantes, sendo alta incidência decorrente da superlotação, falta de ventilação e iluminação, visto serem fatores que favorecem a disseminação da bactéria que é transmitida pelo ar. Desse modo, verifica-se a necessidade de atenção à saúde dos presos, já que essa doença se não tratada de forma adequada pode ser letal.

Assim, os presídios brasileiros demandam de atenção em relação à saúde dos presos, devendo-se lembrar de que a precariedade desses estabelecimentos gera

revolta entre eles desencadeando por vezes em rebeliões e conflitos dentro deles. Como solução, Dullius e Hartmann (2011) destacam a necessidade de um olhar mais atuante do Governo com ações voltadas para treinamento dos profissionais que lidam diretamente com os presos, sendo fundamental uma equipe multiprofissional formada por médicos, psicólogos, advogados que possam lhe dar os subsídios necessários.

Dullius e Hartmann (2011) ainda citam a necessidade de ocupação dos presidiários, podendo ser aliado ao ensino técnico, visto que promoveria o aperfeiçoamento do conhecimento desses indivíduos, possibilitando maior facilidade de reinserção no mercado de trabalho após saída do presídio.

Todavia, os autores enfatizam a necessidade de revisão de todo o sistema penitenciário brasileiro, afirmando que antes de qualquer melhoria faz-se necessário o aumento do número de vagas nos presídios, ou seja, a infraestrutura deve está em primeiro lugar para que outras melhorias possam ser implementadas.

Diante do exposto, verifica-se que o sistema penitenciário tem violado os direitos dos presos, considerando que sua infraestrutura os tem colocado em situações subumanas, fazendo com que a principal função da pena privativa de liberdade seja cumprida: a ressocialização. Sobre o assunto, Bitencourt (2004, p. 139) elucida que:

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação

à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. [...] É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Esse tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.

Nesse contexto, a ressocialização se torna uma utopia, visto que a realidade apresentada são celas superlotadas e nenhuma garantia constitucional, o que implica em um fomento a rebeliões e fugas. Portanto, se verifica a necessidade de atenção ao sistema penitenciário brasileiro, com urgente necessidade de buscar meios para modificar essa realidade.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AVANÇO OU RETROCESSO?

A audiência de custódia mantém como objetivo assegurar o contato do indivíduo submetido à prisão com um juiz em 24 horas após o flagrante. Observa-se que nos dias de hoje, a legislação brasileira determina que seja encaminhado o auto de prisão em flagrante ao juiz neste período para que o mesmo possa analisar a legalidade do ato, bem como identificar a necessidade de alterar a prisão cautelar.

No dia 06 de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e o Ministério da Justiça lançaram um projeto que garante a apresentação dos presos ao juiz competente em no

máximo 24 horas, o Projeto Audiência de Custódia, criado para proporcionar uma estrutura multidisciplinar para a justiça brasileira.

A principal finalidade deste projeto é valorizar a legalidade da prisão, das medidas cautelares que se tornam necessárias diante dos atos e prever possíveis irregulares, fornecendo ao juiz a descrição concreta e substancial que possam fomentar sua decisão (CNJ, 2015).

Uma pessoa que é presa tem o direito de ser levada prontamente perante um juiz. Este é um princípio fundamental e de longa data do direito internacional, crucial para garantir que a prisão, o tratamento e qualquer detenção em curso sejam legais.

No entanto, até agora, o Brasil não respeitou esse direito. Os detidos freqüentemente vão meses antes de ver um juiz. Por exemplo, no Estado de São Paulo, que abriga 37% da população carcerária total do Brasil, a maioria dos detidos não é levada ao juiz por pelo menos três meses. O risco de maus-tratos é muitas vezes maior durante os estágios iniciais de detenção, quando a polícia está questionando um suspeito (QUEIROZ, 2009). O atraso torna os detidos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos por parte dos policiais abusivos.

Em 2012, o Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes relatou ter recebido "relatos repetidos e consistentes de tortura e maus-tratos" em São Paulo e em outros estados brasileiros "cometidos pela polícia militar e a polícia civil" (JESUS, 2011).

A tortura teria ocorrido durante a detenção policial ou no momento da prisão, na rua, no interior de residências particulares ou em áreas ocultas ao ar livre

e foi descrita como "violência gratuita como forma de Punição, para extrair confissões, e como um meio de extorsão" (JESUS, 2011).

Além de violar os direitos dos detidos, essas práticas abusivas tornam mais difícil para a polícia estabelecer o tipo de confiança pública que é muitas vezes crucial para o controle efetivo da criminalidade. Essas práticas prejudicam os esforços legítimos para promover a segurança pública e combater o crime violento e, portanto, têm um impacto negativo na sociedade brasileira como um todo.

O direito de ser levado perante um juiz sem demora desnecessária está consagrado em tratados há muito ratificados pelo Brasil, incluindo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que é responsável pela interpretação do PIDCP, determinou que o atraso entre a prisão de um acusado e o tempo antes de ser levado perante uma autoridade judicial "não deve exceder alguns dias", mesmo durante estados de emergência (ALSTOM, 2017).

O Código de Processo Penal brasileiro exige que, quando um adulto é detido em flagrante e mantido sob custódia policial, apenas os arquivos policiais do caso precisam ser apresentados ao juiz em 24 horas, não o detido.

Os juízes avaliam a legalidade da prisão e tomam a decisão sobre se a ordem continua ou a detenção ou outras medidas de precaução com base exclusivamente nos documentos escritos fornecidos pela polícia.

O código estabelece um máximo de 60 dias para a primeira audiência judicial com o detido, mas não diz explicitamente quando este período começa. Na prática, isso muitas vezes significa que a polícia no Brasil pode manter as pessoas detidas, com autorização judicial formal, por vários meses, sem dar ao detido a chance de ver um juiz.

De acordo com o código, a única circunstância em que a polícia precisa trazer uma pessoa diante do juiz aplica-se imediatamente a casos de crimes não sujeitos a fiança em que o oficial de prisão não foi capaz de exibir a ordem de prisão à pessoa presa no momento da prisão. Caso contrário, o detento também pode não ver um juiz por vários meses.

Desde 2011, legisladores no Brasil têm debatido um projeto de lei que reformaria o código de procedimento criminal para estabelecer uma "audiência de custódia" obrigatória diante de um juiz dentro de 24 horas da prisão com o detido presente.

Essas audiências de custódia obrigatória permitirão, além de possibilitar uma análise imediata da legalidade da detenção, permitir que detidos presos em flagrante, submetidos a tortura ou outros maus-tratos, denunciem esses abusos no início do processo legal.

Isso, por sua vez, permitiria que os funcionários da justiça investigassem alegações de abuso enquanto corroborando evidências ainda está disponível. Infelizmente, a reforma deixaria a situação inalterada para o menor número de pessoas presas por ordem judicial.

É injustificável que uma democracia como o Brasil tenha desprezado esse direito fundamental por tanto tempo. Esta reforma não pode, por si só, resolver o problema das práticas policiais abusivas no Brasil, e ainda deixará alguns detentos sem direito a ver um juiz, uma lacuna que o Congresso também deveria abordar. No entanto, o projeto de lei é um passo crucial para reduzir os maus-tratos dos detidos e garantir que as forças policiais do Brasil operem de forma mais transparente, profissional e eficaz.

Embora haja um projeto de lei no Congresso Nacional (PLS nº 554/2011), a custódia ainda não foi regulamentada por lei no Brasil. Isso significa que não há o

que estabelece o procedimento a adotar para a presente audiência (CAVALCANTE, 2016).

Diante deste cenário, e para dar substância concreta a Projeção, recente, alguns Tribunais de Justiça, encorajados pelo CNJ, passaram a envolver a custódia por meio de atos internos emitidos pelos próprios tribunais, tais como disposições e resoluções.

Em cumprimento às disposições da Convenção, em 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, iniciou o Projeto de Audiência de Custódia.

O Código de Processo Penal, em conjugação com a Constituição de 1988, a atribuição do chefe de polícia para elaborar o capturado no mandado de detenção de ato, que leva as pessoas envolvidas a transformar seus relatórios em um documento que leva ao processo penal. Pode medir fiança em casos permitidos por lei. No entanto, a polícia não pode pronunciar-se sobre a concessão de medidas cautelares diferente da prisão preventiva.

O arguido deve ser apresentado e entrevistado pelo juiz em uma audiência em que o promotor público, o defensor público ou o advogado do prisioneiro também serão ouvidos, tratando-se de um ato judicial, a autoridade responsável tem competência para a legalidade da prisão, sua manutenção ou relaxamento. O Ministério Público e Defesa participam nesta audiência (CAVALCANTE, 2016).

Durante a audiência, o juiz analisará o encarceramento em termos de legalidade, necessidade e adequação da continuação da prisão ou possível libertação, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz pode também verificar possíveis incidentes de tortura ou maus-tratos, entre outras irregularidades, por meio de uma entrevista do perpetrador durante a qual serão levantadas questões sobre sua qualificação, condições pessoais, circunstâncias

objetivas da sua detenção, sem perguntas que antecipam a instrução apropriada do processo final do conhecimento.

Entre os possíveis resultados da audiência da custódia judicial estão aquelas cláusulas do artigo 310 do Código de Processo Penal, que são o relaxamento de possível prisão ilegal; a concessão da libertação provisória, com ou sem fiança; a substituição da prisão presa por várias medidas cautelares (Artigo 310º, parte final II e artigo 319º do Código de Processo Penal) e a conversão do ato de prisão em prisão por custódia.

Portanto, o Projeto de Audiência de Custódia Pública tem como objetivo prisões ilegais, realizadas por meio de violência ou violação de direitos humanos, uma forma de ajudar a melhorar o sistema prisional brasileiro, oferecendo prisão para reduzir a população prisional, uma vez que as prisões preventivas, que deve ser a exceção em um Estado Democrático que efetivamente valoriza o princípio de presunção de inocência, tornou-se a regra, conduzindo à chamada "massa encarceramento." (CAVALCANTE, 2016).

A Lei nº 11.719 / 2008 estabeleceu normas relativas à instrução criminal e procedimentos, o que exige que o magistrado interroga o argüido no final da audiência das testemunhas da acusação e da defesa, garantindo uma maior defesa, à maneira do art. 5, LV, CF. Nestes termos, o contato do juiz com o prisioneiro é adiado até o final da instrução, o que pode levar meses, talvez anos, aumentando a prisão sem ser razoável. Contudo, a audiência da custódia visa corrigir esse equívoco processual por meio de uma análise mais precisa do art. 312, CPP.

A análise primária é essencial para dois requisitos, a prova da existência do crime e indicação suficiente de autoria. Quanto à primeira, entende-se que a norma penal é subsumida de fato, e esse fato deve ser punido. Tal base deve constar do conjunto inicial de provas resultante da investigação pré-julgamento e / ou da ação penal já estabelecida.

No mesmo sentido, como condição essencial, é ter a exegese do caso concreto examinando as provas, que são indicativas, de que o ato criminoso, com uma alta probabilidade, foi cometido pelo acusado. Embora tais indicações são chamadas de prova semi-completa e podem ser desconstituídas durante a ação, estes em sumário cognição deve ser coerente para resultar na precaução e prescrição inscrito no artigo 312 do código dos ritos.

Neste ato anterior à ação criminal, audiência de custódia, não haverá questionamento sobre o mérito, uma vez que o núcleo da audiência é a instrumentalidade e prisão, a segurança e a segurança pessoal do argüido capturado no ato, com ênfase na existência de evidências de maus-tratos ou riscos de vida na pessoa presa, bem como a presença do prisioneiro antes do julgamento permite uma melhor análise do decreto-prisão ou não. Ensina Paiva (2014, p. 141):

A realização da custódia da audiência contribui para a superação do "limite de papel" do sistema notarial, que é praticado pelo sistema penal sistema processual, uma vez que exige que o membro do Ministério Público e do juiz para ver e conversar com o prisioneiro, que contribuirá para a humanização da jurisdição penal. Por conseguinte, é evidente que não há danos no conteúdo a determinar na instrução penal, o contato entre o juiz e o acusado durante o processo de Custódia judicial. Assim, o que é cuidado é a importância de apenas ser a prisão preventiva de forma excepcional e a acusada de um ato ilícito ser capaz de responder pela acusação contra ele em liberdade. Deveria ser observado que medidas alternativas à prisão podem ser impostas ao candidato

Assim, conhecendo os objetivos reais da audiência de custódia, cabe destacar que ela não visa a redução prisional em seu contexto inicial, nem tão pouco foi criada com o intuito de reduzir os problemas carcerários mais tem se mostrado eficiente nessa condição como destacado no tópico a seguir.

4.1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DIMINUI A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovada em 29 de novembro de 2010, fala sobre mediação e conciliação e visa divulgar a Cultura de pacificação social, estimular a qualidade dos serviços de auto composição, incentivar os Tribunais para organizar e planejar programas de auto composição e reafirmar o papel de agente de apoio na implementação das políticas públicas do CNJ.

A este respeito, o Projeto de Audiência de Custódia Pública do Conselho Nacional de Justiça prevê a criação de estruturas multidisciplinares nos Tribunais de Justiça, como centros penais alternativos, centros de monitorização eletrônica, serviços e assistência social, centros de investigação e de mediação criminal, que serão responsáveis por julgar opções diferentes do encarceramento provisório.

Os Estados podem aderir às práticas propostas através de um acordo de cooperação. Entre as ações contempladas no projeto, o CNJ propõe a formação de juízes e servidores públicos do Poder Judiciário, além dos demais atores do sistema de justiça, como acompanhamento diário dos resultados, visando acompanhar o movimento e o uso da experiência.

Por sua vez, a Resolução 2002/12 estabelece princípios básicos para programas e pesquisas para promover o estímulo à expansão e eficácia dos procedimentos restaurativos e dos resultados, explorando formas de incorporar práticas judiciais.

Nesse sentido, considerando que o Projeto de Custódia para verificar a legalidade das prisões, mas também a utilização de medidas alternativas de prisão e que um de seus objetivos é criar núcleos para a justiça restaurativa prática, observa-se que tudo caminha em direção ao procedimento a ser realizado.

Assim, se num dado caso as condições de admissibilidade do processo restaurativo do ponto de vista jurídico (exigências objetivas e subjetivas a conformidade com o direito penal), o argüido seria encaminhado ao Centro de Justiça Restaurativa, para uma avaliação multidisciplinar e, convergindo em viabilidade técnica, avançariam nas ações preparatórias para o restabelecimento do encontro (GOMES PINTO, 2005).

Os programas de justiça restaurativa podem ser utilizados em qualquer etapa ou só serão utilizados quando houver provas suficientes de autoria e consentimento da vítima e do infrator, que pode ser revogado quando as partes assim o desejarem.

Portanto, considerando que devido à natureza voluntária do método alternativo que, como afirmado no tópico anterior, não causa nenhum fardo para o ofensor no sentido de ser declarado culpado ou agravar a situação em caso de desistência, não há maiores obstáculos quanto à sua aplicação, especialmente quando colocados antes das vantagens que um bom resultado restaurador pode causar, como a recuperação da dignidade da vítima e a reintegração do infrator à sociedade, reduzindo assim a superlotação carcerária.

A justiça deve identificar as necessidades e obrigações decorrentes do crime e o trauma causado e que deve ser restaurado. Deve também dar os meios e encorajar os envolvidos a dialogar e a chegar a um acordo, enquanto sujeitos do processo, sendo a Justiça, avaliada pela sua capacidade de assegurar que as responsabilidades a comissão do crime, as necessidades decorrentes da infração sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, uma cura terapêutica individual

e socialmente seja alcançada, de modo que aquele preso não procure mais voltar as celas (GOMES PINTO, 2005).

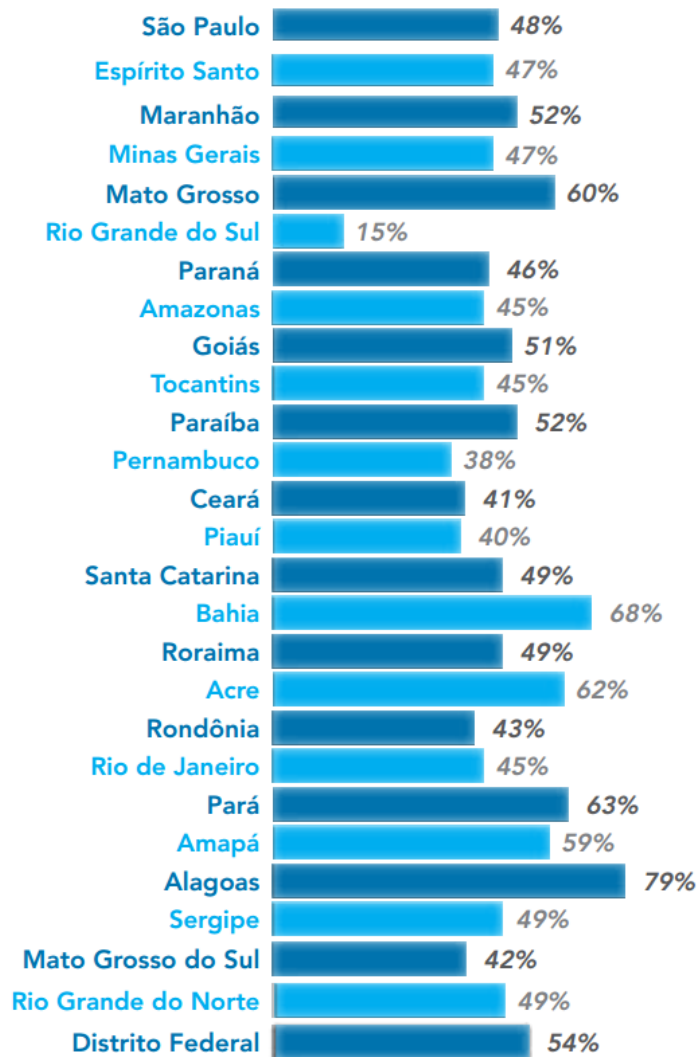
Essas afirmações dadas por Gomes, foram evidenciadas na prática, quando em observação a uma publicação realizada em janeiro de 2017 pelo CNJ, destacou que os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. Isso significa que mesmo sem ser o objetivo principal, a audiência de custódia fez com que houvesse a redução da metade dos presos nesse período.

Diante dessa estatística, o Conselho Nacional de Justiça estima que houve a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas que gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais.

O Conselho também destacou na mesma publicação que ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais.

Pode-se verificar através do Gráfico a seguir, o percentual de soltura por Estado, em virtude da audiência de custódia.

GRÁFICO 1 – PERCENTUAL DE SOLTURA APÓS AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



Fonte: CNJ (2017)

Em se tratando dessa explanação sobre a redução do número de presos, Lewandowski em setembro de 2015 destacou que:

“com a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais, deixaremos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$ 4,3 bilhões por ano, que poderão ser

destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade. ”

Mediante esses números compreende-se que mesmo não sendo um objetivo inicial a audiência de custódia auxiliou na redução dos presos, e tende a reduzir ainda mais os números de presos daqui para frente.

5 CONCLUSÃO

Neste estudo partiu-se do pressuposto de que os presídios brasileiros não estão conseguindo cumprir a principal função da Lei de Execução Penal que é a de ressocialização dos presos, pelo contrário, os mesmos estão submetidos a condições subumanas, com higiene e saúde precárias, vivendo com celas superlotadas sem condições de dormida adequada, tendo seus direitos fundamentais lesados.

Dentro dos presídios, os indivíduos são colocados de forma aleatória, aquele que cometeu um furto é reunido com aquele que cometeu um homicídio, havendo comunicação entre eles, o que faz com que os presídios sejam conhecidos como uma cultura do crime, visto que muitos acabam passando a fazer parte de organizações criminosas que antes não pertenciam.

Tem-se que o perfil adequado para um presídio é aquele capaz de promover a ressocialização do preso, dando condições de vivência adequada dentro dos presídios, com higiene, assistência à saúde, educação, atividades laborais e de lazer, boas condições para dormida, com o número limitado de presos por cela, respeitando os direitos humanos de todos que ali estão.

Ao final do estudo pode-se perceber que audiência de custódia veio para mostrar que mesmo não sendo o seu propósito, sua aplicabilidade prática tem cooperado para redução das prisões, sendo talvez uma possibilidade de redução carcerária. Compreendeu-se com esse estudo que as reduções já obtidas no Brasil,

com a audiência de custódia, trouxeram benefícios sociais e financeiros ao sistema público, e se assim continuar, poderá fazer grande diferença na minimização da superlotação carcerária.

Sugere-se ainda que estudos futuros sejam realizados para verificar de que forma a audiência de custódia auxiliou e/ou auxiliará e se realmente continuará auxiliando, nessa redução de prisões.

REFERÊNCIAS

ALSTOM. Sistema Carcerário. Disponível em: www.g1.globo.com/sao-paulo/2011/02/mpquestiona. Acesso em 01/05/2019

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2ed., 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falência da Pena de Prisão**: Causas e alternativas. 3. ed. Saraiva. São Paulo. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R.; SCHROEDER, Betina Barbacovi Schroeder; BLANCO, Vinícius Just. **Sistema prisional e direitos humanos**: a (in)suficiente responsabilização internacional do estado brasileiro. Rio Grande do Sul: Cedin, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados STF e STJ comentados 2015. Manaus: Dizer o Direito, 2016

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados STF e STJ comentados 2015. Manaus: Dizer o Direito, 2016

CDHM, Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Situação do sistema prisional brasileiro. Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/prisional>> Acesso em: jul. 2019.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, set/dez 2012.

DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Análise do sistema prisional brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: Justiça Restaurativa, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

GOMES, Luiz Flávio. **O perfil dos Presos no Brasil em 2012**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/100652530/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012>> Acesso em: jul. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. São Paulo: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2011

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma Era**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MACHADO, Ana Bernal; SOUZA, Ana Paula; SOUZA, Mariani Cristina. Sistema Penitenciário Brasileiro – Origem, atualidade, e exemplos funcionais. **Revista do**

Curso de Direito da Faculdade de Humanidade e Direito. São Paulo. v. 10. n. 10, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, N° 17, dez/2014, IBCCRIM

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere*** e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Felipe Vaz de. Crônica do Juiz no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre; PUC-RS (Ciências Criminais), 2009 p. 101

SAPORI, Luiz Flávio. A Segurança Pública no Brasil. **Em Debate**, v.3, n.1, p. 11-15, 2011.

O MUNDO DO DIREITO COM OS CONCEITOS FORA DE LUGAR: A DISTOPIA JURÍDICA NO BRASIL

LUIZ FERNANDO CABEDA:

Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

Setenta anos depois da publicação do romance "1984", de George Orwell, seu personagem Grande Irmão ainda nos prende pelos calcanhares. A perda do domínio conceitual e a manipulação das decisões dos tribunais transformaram nosso ordenamento jurídico em uma distopia.

Introdução - A Espanha está prestando uma bela homenagem ao escritor inglês George Orwell, nascido na Índia colonial como Eric Arthur Blair, que coincide com os setenta anos da publicação, em 1949, do livro "1984". Um verdadeiro testamento do escritor que, já tuberculoso, morreu um ano depois.

Há especulações a propósito da data-título, alguns acham que foi uma previsão, tão ao gosto da *science fiction*, que não se realizou, pois afinal Nikita Krushchev denunciou a repressão stalinista em 1956 e Mikhail Gorbachev pôs termo ao regime soviético no Natal de 1991. Outros cogitam que se trata de uma advertência perene contra todas as formas de distopia, cuja ameaça nunca nos abandonará pois, se a civilização avançou, ela pode retroceder.

Na verdade, "1984" foi um trocadilho usado por Orwell, cuja vida se aproximava do fim, embora apenas aos 46 anos, pois escreveu o livro em 1948 e apenas fez uma inversão na data. Ele resolveu enfeixar sua experiência como

escritor prolífico, intelectual profundamente engajado nos temas políticos e combatente na Guerra Civil Espanhola para imaginar a progressão inexorável até um mundo irreconhecível diante dos padrões civilizados, caso o totalitarismo viesse a persistir elevado ao seu grau superlativo.

Com II Grande Guerra terminada, havia a euforia pela ascensão americana, marcada até pelo *baby boom*, mas boa parte da Europa estava em escombros, o império britânico de três séculos e meio restava em processo de desmonte e, na expressão de Churchill, a Cortina de Ferro então erguida mostrava que não havia concórdia entre os vencedores e, entre tantas incertezas do pós-guerra, a única certeza em grau absoluto era a de que o mundo estava dividido. Stalin mantinha seu poder totalitário, como Franco e Salazar preservavam congelado o modelo do fascismo na península ibérica. Na verdade, só simbolicamente os crimes de então foram expiados no Julgamento de Nuremberg, pois a extensão das mortes nos campos de concentração, nos gulags, no massacre dos poloneses na floresta de Katyn e a escravidão de outros povos asiáticos pelos japoneses só vieram a ser conhecidas nas suas exatas dimensões paulatinamente.

A celebração em homenagem a George Orwell, na cidade de Huesca, província de Aragón, recorda que ali ele verteu seu sangue quando teve o pescoço atravessado por uma bala de fuzil, em batalha contra as forças de Franco. O escritor-combatente deixou um apaixonado relato no livro "Lutando na Espanha" (Homage to Catalonia). Na época de futilidade em que vivemos, o lenço que usava na ocasião em que foi ferido, que havia sido comprado para ajudar a causa dos republicanos, manchado com seu sangue, foi leiloado em 2013 pela Casa Blomsbury, em Londres.

As "ironias da História", na expressão consagrada por Isaac Deutscher, não param por aí. Se faz setenta anos em 2019 que foi publicado o livro "1984", também faz oitenta que a Guerra Civil Espanhola terminou com a vitória de Francisco Franco, exatamente em 1º de abril de 1939, data que coincide ainda com o êxito do golpe

militar no Brasil, em 1964. Por fim, não imaginaria Orwell que, ao iniciar a Era Trump, seu livro viesse a ser o mais vendido nos Estados Unidos no início de 2017 (Fonte: Deutsche Welle, 25.01.2017).

Na distopia de “1984” até mesmo a crítica ao Grande Irmão, na verdade um discurso trotskista coerente e veemente de oposição à burocracia ideológica repressiva, que asfixiava toda forma de liberdade na vida social e de independência de pensamento, havia sido escrita pelo... próprio Grande Irmão. Logo, Orwell estava cético, no fim da vida, de que o totalitarismo regredisse. Em uma carta a seu amigo Rayner Heppenstall chegou a escrever: “Estou de certa forma contente de ter sido atingido por uma bala, porque acho que isso vai acontecer com todos nós num futuro próximo e estou contente por saber que não dói falar disso. O que vi na Espanha não me tornou cínico, mas me faz pensar que o futuro é bastante sombrio”.

Contudo, Orwell se propunha a continuar lutando e, vendo o mundo dividido, não acreditava mais nas promessas de paz. “1984” nunca foi um livro de ficção científica, de presságios ou de identificação de tendências, devendo ser lido como o testemunho de vida do autor, pois na verdade é um mergulho – dos mais profundos que conhecemos – no âmago do totalitarismo.

A palavra distopia foi utilizada pela primeira vez no sentido político e sociológico por John Stuart Mill em discurso na Câmara dos Comuns, em 1869, segundo registro do Oxford English Dictionary, a principal enciclopédia histórica inglesa, que é citado por outras fontes e pela Wikipedia. Stuart Mill se referia às coisas fora de lugar ou em lugar errado, como um desconcerto na ordem, de tal modo a aniquilar a ideia de utopia.

O termo proveio da medicina e se refere, efetivamente, a órgãos fora de lugar, sendo esse o sentido etimológico, oriundo do grego. Todavia, o acréscimo literário foi substancial, por incorporar a noção de mundo distorcido, onde as palavras não só não correspondem aos fatos como os contrariam, e essa

desconexão leva a um grau de arbítrio em que as inexatidões são tidas por verdadeiras, e a desordem – onipotente e onipresente – se impõe como única regra. Assim, se a utopia é uma concepção que não se realiza, a distopia é uma realidade que se instala contra todo o sentido de ordem que possa ser concebido e contra todos os desdobramentos previsíveis de um sistema baseado em escolhas.

Já ao final de sua vida, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, morto em 2017, elaborou o conceito de *retrotopia*, não chegando a redigir o livro em que o exporia. Todavia, adiantou que se trata da utopia identificada para trás, em um tempo que foi vivido (ou imaginado) em um passado referencial. De uma certa maneira, pode-se especular que a retrotopia não seja exatamente e apenas uma inversão no tempo em que se situa a utopia (no passado, em lugar do futuro), mas de uma reação diante da distopia, pois a desordem que esta impõe não permite mais conjecturar qualquer utopia para um tempo que virá. A retrotopia, portanto, procura um lugar para a utopia no passado, pois o presente distópico impede de concebê-la onde ela sempre esteve, num futuro promissor, mas sob a advertência do “aspiro mais do que espero”, nas palavras de Thomas Morus.

O pai da concepção de distopia política é considerado o escritor russo Yevgeny Zamyatin, que publicou em 1927 o livro “Nós”, redigido a partir de 1920 e que veio a ser resenhado exatamente por George Orwell. A partir da publicação de “Nós” por emigrados russos, as obras de Zamyatin foram censuradas na URSS, por aprofundar as sátiras que vinha fazendo sobre as situações absurdas da igualdade forçada. Então o autor obteve, com a intercessão de Máximo Gorki, seu exílio. Salvou sua vida, submetendo-se à obscuridade e à pobreza na França.

Outro antecedente importante à obra de Orwell é o romance “Admirável Mundo Novo” do escritor inglês Aldous Huxley, mas foi “1984”, graças ao excepcional conhecimento partidário e engajamento de seu autor, que alcançou a mais completa e requintada concepção da distopia no sentido político

propriamente dito. Já o filme feito no ano de 1984, para remarcar a data do romance, pelo diretor Michael Radford, não foi feliz. O ator John Hurt interpretou o personagem Winston demasiado melancólico, sem expressar as alterações de seu espírito quando conhece o amor e quando encontra o panfleto com a crítica mordaz ao comando do Ministério da Verdade e sob a Novilíngua, que o oprimiam. Richard Burton também está mal como um Grande Irmão caricatural, sem falar que em 1972 ele havia interpretado o papel principal no filme de Joseph Losey “O Assassinato de Trotsky”. Se o Grande Irmão estava moldado em Stalin, não era de modo nenhum convincente (além de ser desastroso em termos de dramaturgia) que tivesse sido escolhido um ator antes caracterizado como o seu grande antagonista. Além disso, os programas de Trotsky coincidem com o texto do panfleto contra a distopia do Grande Irmão, atribuído ao personagem duplamente fictício Emmanuel Goldstein, no romance “1984”, pois ele foi inventado por Orwell e pelo próprio Grande Irmão.

Já a distopia política dirigida na forma de uma fantasia por Terry Gilliam em 1985, “Brazil, O Filme”, foi mais feliz em casar elementos descritivos que se encontram em todas as fontes literárias citadas acima, acrescentando alguns traços do expressionismo, outros do surrealismo, de modo a fazer uma composição cênica que muito mereceu o prêmio Oscar pela direção de arte, além de ter a Aquarela do Brasil como trilha sonora, o que mostra bem que o distópico – como fora de lugar – serviu para o uso da bela canção até como fundo musical para sessões de tortura.

Contraponto - A História nunca é linear. Existe uma intensa polêmica sobre uma lista preparada por Orwell quando, já no fim da vida, se encontrava hospitalizado. Ela foi entregue para Celia Kirwan, uma amiga por quem ele estava apaixonado, e que trabalhava no *Information Research Department* – IRD, órgão recém criado no *Foreign Office* pelo governo trabalhista do pós-guerra. O IRD foi incumbido de realizar o trabalho de contra-informação ao *Kominform* da URSS, um escritório de informações destinado à propaganda soviética que funcionou de 1947

a 1956, encerrando suas atividades depois que Krushchev denunciou o stalinismo no XX Congresso do PCUS. O *Kominform* se destinava a manter a unidade doutrinária entre os países aliados e executar a propaganda pelo mundo. Ele procurava suprir o desaparecimento do *Komintern* (Terceira Internacional), que durara de 1919 a 1943, tendo sido extinto por Stalin durante a guerra para angariar apoio estratégico dos países ocidentais.

Um relato minucioso sobre as atividades do *Kominform* se encontra no livro "O Retrato", de Osvaldo Peralva, jornalista brasileiro que lá trabalhou até seu fechamento. O livro valeu a Peralva todas as maldições do léxico, e ainda assim ele foi preso duas vezes durante a ditadura militar, apesar de ser "agente da CIA", "traidor da causa", etc.

A lista entregue por Orwell continha trinta e oito nomes, entre eles Charles Chaplin, o também ator Michael Redgrave, e os historiadores Isaac Deutscher e E. H. Carr e se encontra junto aos documentos já liberados de sigilo no Arquivo Nacional Britânico. A lista fazia parte de outra relação maior, com mais de cem nomes, que o escritor guardou em seus manuscritos, hoje depositados no *Arquivo Orwell do University College*, de Londres. Esse material foi minuciosamente estudado pelo pesquisador Timothy Garton Ash em 2003 e relatado por ele em artigo publicado pelo New York Review of Books. Ficou então esclarecido que Orwell fez a lista com o intuito de estreitar os liames com a mulher por quem estava apaixonado, já que ela se empenhava no trabalho de contra-informação, que seria desenvolvido através de intelectuais e pessoas de prestígio dispostas a prestar depoimentos contrários à propaganda do Kominform. A lista de Orwell se destinava a apontar pessoas que não deveriam ser convidadas para esse fim pois, como anotou, algumas eram comunistas, outras simpatizantes da causa e outras companheiras de viagem (*fellow traveler*). (Fonte: El País, 13.10.2003)

Não se trata de nenhuma denúncia produzida pelo autor de "1984", nem revela o propósito de prejudicar alguém (de fato, ninguém foi perseguido em virtude da lista, pois o Partido Comunista era legal na Inglaterra e a tendência ideológica das pessoas que estavam arroladas era razoavelmente conhecida. Tanto assim que a lista não produziu nenhum efeito, sendo simplesmente arquivada, tanto quanto o amor que não foi correspondido).

Contudo, muitas calúnias caíram sobre Orwell, desde ser agente da CIA até estar a serviço de forças reacionárias. Até mesmo José Miguel Oviedo, o professor peruano autor do artigo em El País citado como fonte, comete o erro palmar de tentar justificar a atitude de Orwell pelo fato de ter sido ferido na Guerra Civil Espanhola em um atentado feito pelos comunistas. Ora, o escritor foi ferido sim, mas em combate contra as forças nacionalistas de Franco, no cerco de Huesca, como ele mesmo contou em "Lutando na Espanha", de forma tão detalhada que não admite sombra de dúvida.

Também o fato de "A Revolução dos Bichos" ter tido edições custeadas pelo IRD britânico é divulgado como algo que depõe contra Orwell. Não esqueçamos que Érico Veríssimo (também ele escreveu sobre a Guerra Civil Espanhola, o romance "Saga", baseado em um relato que lhe foi dado por integrante das brigadas internacionais que lutaram pela república contra os nacionalistas), foi acusado levemente de ter sido cooptado pelo Departamento de Estado dos EUA por ter sido distinguido como "embaixador cultural" durante a Política de Boa Vizinhança, implantada pelos americanos quando já se anunciava a II Guerra Mundial. Veríssimo também foi acusado de ser omissivo durante a ditadura militar, embora tivesse escrito o livro "Incidente de Antares", de haver apoiado a invasão da Abissínia por Mussolini (quando assinou manifesto contra em 1935) e de ter posição dúbia sobre a ditadura de Franco (embora também tenha assinado outro

manifesto em 1937, condenando a guerra civil espanhola e o golpe franquista). (Fontes: scielo.br/scielo.php – Richard C. Smith e cartamaior.com.br – Flávio Aguiar)

Um outro paralelo pode ser estabelecido com Albert Einstein. É certo que, quando ele já estava na Universidade de Princeton, nos EUA, teve como amante a russa Marguerita Konenkova, como está comprovado em cartas (Fontes: history.com; pt.yourtripagent e independent.co.uk). Ela foi apontada em livro de um general agente da inteligência de Stalin como espiã, interessada em obter informações sobre o Projeto Manhattan, de fabricação da bomba atômica, tendo se aproximado também e se tornado amiga de Robert Oppenheimer, que chefiou aquele projeto.

Este contraponto se destina a mostrar que episódios mais obscuros, sem qualquer linearidade histórica, constrangedores que sejam, existem e devem ser esclarecidos à luz dos fatos documentados exatamente para que a verdade não venha a ser falsificada e a distopia reine sobre aqueles que lhe oferecem resistência.

Nossa superestrutura jurídica distópica - Uma longa crônica poderia ser aqui reportada sobre falhas estruturais na organização da Justiça e na prestação jurisdicional que indicam uma situação de *anomia*, isto é, que se caracteriza pela falta de objetivos, desvio das regras e perdas relativas à identificação do objeto que permitiriam a sua atuação funcional.

Entretanto, foram escolhidos só alguns poucos casos que, por serem inexplicáveis em grau absoluto, mostram o suficiente a situação de desordem que caracteriza a distopia.

O corregedor que quer mandar na lei - o Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, baixou a Recomendação nº 38 estabelecendo o seguinte em seu artigo principal:

“Art. 1º. RECOMENDAR aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Tribunais Regionais Federais, Trabalhistas e Militares que deem cumprimento aos atos normativos e às decisões proferidas pela Corregedoria Nacional de Justiça, ainda que exista ordem judicial em sentido diverso, salvo se advinda do Supremo Tribunal Federal.”

Dias depois, a pedido da associação nacional de magistrados dos Estados, a recomendação foi cassada pelo ministro Marco Aurélio, do STF, sob o argumento de que a decisão judicial não pode ter seu cumprimento obstado a nenhum pretexto, enquanto não for reformada. (Fontes: Conjur, 24.06.2019; agenciabrasil.ebc.com.br, 28.06.2019) Faltou dizer que, se Humberto Martins fosse ministro do Supremo, ele estaria – pela mesma atitude – incurso na Lei nº 1079/1950, que define os crimes de responsabilidade, exatamente nos seus artigos 4º e 12, por obstar o cumprimento de decisão judicial.

Humberto Martins foi presidente da OAB de Alagoas até 2002 e, naquele mesmo ano, foi escolhido para integrar o quinto do TJ daquele Estado. O fato de um dirigente da entidade usar de seu cargo de representação para obter acesso à função judicial é eticamente comprometedor, tanto que - rendendo-se a essa evidência -, o Conselho Federal da OAB veio a baixar o Provimento 102/2004 proibindo tal prática, reconhecendo que ela compromete a lisura na formação da lista sêxtupla. Portanto, e isto é importante salientar, a OAB reconheceu como antiética uma atitude pré-existente e que vinha sendo praticada, tanto que passou a coibi-la. Não fora isso, Humberto Martins ascendeu ao STJ, apenas quatro anos depois de ser nomeado desembargador pelo quinto, nomeado por Lula em 2006, mas passando a ocupar vaga destinada a desembargador de carreira. (Fonte: ajufe.org.br, 03.09.2010)

Como se sabe, a Constituição dividiu as trinta em três vagas de ministros do STJ em três grupos de onze, um para desembargadores federais, outro para

desembargadores estaduais e outro, por fim, para preenchimento alternado por advogados e membros do Ministério Público. Não há nenhuma autorização no texto constitucional para que um integrante do quinto nos Estados ou Regiões preencha vaga de ministro destinada a desembargadores de carreira, embora o STJ e o STF convalidem a prática contrária e inexplicável. E, por ser inexplicável, esses tribunais nunca a justificaram sequer razoavelmente. Mas há uma explicação: o inexplicável faz parte da distopia.

Outrora o Supremo entendia que as vagas de ministro nos tribunais superiores correspondiam a cargos isolados e, portanto, não integravam a carreira. Entretanto, desde a Constituição de 1988, tal entendimento não subsiste, pois os dois grupos de vagas destinados a desembargadores de carreira têm sua provisão feita pelo critério de listas que são compostas necessariamente por magistrados dos TRFs e TJs. São vagas cativas. Só os que já estão na carreira podem preenchê-las e mediante um processo de escolha por votação pelos ministros. Logo, não cabe mais falar em “cargo isolado” preenchido por livre escolha pelo presidente da República. Há um direito subjetivo garantido na Constituição dos desembargadores de carreira para que a seleção se realize dentre eles. De outro modo, a proporção dos integrantes de fora, advogados e procuradores de justiça, se alteraria, pois preencheriam as onze vagas que lhe são destinadas no STJ mais aquelas supridas com a escolha de integrantes do quinto nos tribunais, como se da carreira fossem. O que ocorre é a existência de um *entulho* das súmulas do STF que não têm mais vigência e que não são revogadas pelo tribunal, situação que levaria o desalento ao ex-ministro Victor Nunes Leal, que propugnou pela adoção delas exatamente para que o Supremo se mostrasse fiel à sua própria jurisprudência, construindo precedentes estáveis. De qualquer forma, isso afronta sua memória. Quando nosso país se redemocratizou, falava-se com propriedade no “entulho autoritário”. O

quinto constitucional é o entulho das elites comprometidas com o tráfico de influência que tisona a democracia que gostaríamos de ter.

Outro aspecto relevante: se o quinto se destina a elementos forâneos, isto é, àqueles que não se submeteram ao escrutínio do concurso público para a magistratura, nem percorreram as entrâncias da carreira, tais elementos teriam necessariamente de permanecer nos cargos a que tiveram acesso pela primeira vez, pela forma da indicação. Isto é o que acontece na Justiça do Trabalho. Não há nenhuma lógica justificadora da ascensão na carreira judicial por parte de quem não a integrou, mas foi nela inserido por uma janela institucional, configurada pela admissão de um quinto reservado a membros de carreiras diversas.

Fica difícil para desembargadores e ministros oriundos da advocacia e admitidos no Judiciário pelo quinto cortarem os liames com clientes e com os hábitos profissionais, que incluem o comércio de interesses com a clientela. Ocorre com frequência também a sucessão do advogado nomeado para cargo judicial pelo quinto por seus filhos e outros parentes, e nesse caso sempre haverá margem imensa para o tráfico de influência e para a advocacia por interposta pessoa. É fato público, ainda que pelo caráter escandaloso, ter o ministro Gilmar Mendes declarado em sessão de julgamento que seu colega Roberto Barroso deveria “fechar o escritório de advocacia”.

O advogado Eduardo Martins, filho do Corregedor do CNJ, envolveu-se profissionalmente com o patrocínio de causas da Fecomércio do Rio de Janeiro, quando era presidida por Orlando Diniz, que hoje mantém colaboração premiada, desde que perdeu a representação daquele órgão depois de muitas peripécias judiciais e outros tantos gastos irregulares que ultrapassam a centena de milhões. Uma reportagem bem documentada mostrou que foram feitos pagamentos de pelo menos dez milhões de reais ao filho do Corregedor, embora seu nome estranhamente não conste nas procurações. (Fonte: Época, 17.06.2016).

O próprio Humberto Martins foi acusado por outro colaborador, Léo Pinheiro, dirigente da empreiteira OAS, de estar envolvido em uma triangulação com a advocacia de seu filho e o senador Renan Calheiros, em tráfico de influência. O Corregedor do CNJ rebateu em nota, negando interferência. (Fonte: Conjur, 26.01.2019).

Quando o desembargador Rogério Favreto concedeu, em plantão judicial, ordem de soltura para Lula, em contrariedade a acórdão do próprio TRF-4, já em processo executório, suscitando a manifestação da Procuradoria Geral da República de que assim agia em “ato orquestrado” com parlamentares do PT, Humberto Martins interveio tumultuariamente. Quando o processo administrativo, aberto em razão do incidente, estava já pronto para ser julgado pelo TRF, o Corregedor do CNJ fez uma estranha avocação, para em seguida arquivá-lo. Isto é, literalmente, colocar os pés pelas mãos de um modo acintoso, tratando a ordem jurídica a escalpelo.

Por fim, deve ficar registrado que o CNJ transformou-se em um órgão anômalo. Destinado a corrigir irregularidades administrativas nos tribunais e a coibir faltas funcionais de juízes, conforme definido desde a PEC proposta por Hélio Bicudo e mantida (ainda que desvirtuada em outros pontos pela EC 45/20040), o Conselho hoje é um megaempreendimento burocrático que se reproduz em grande quantidade de resoluções, regulamentos, recomendações, etc, e se ampara em um regimento francamente invasivo da reserva legal. O CNJ se mete em assuntos que não lhe dizem respeito e virou uma supermáquina de expelir mensagens normativas. Ali os êmulos do jurista português João das Regras, que legitimava a nobreza dos fidalgos, reinam em meio aos alfarrábios que editam e interpretam de um modo francamente ocultista.

A conclusão deste tópico necessariamente tem que ser esta: o Corregedor do CNJ em seu curto tempo de mandato, ainda em curso, envolveu-se em situações que não podem ser deduzidas de uma ordem jurídica. Elas antes expõem uma

instabilidade reveladora de atos autoritários, caóticos, comprometedores. E eles continuarão. Ora, se não vige o ordenamento, se simplesmente não existe nenhuma teoria de Direito que sustente todo esse desmazelo, é inegável que a semente da distopia já deitou suas raízes no CNJ e é a partir dali que seu desenho deformado e deformador se implanta.

A ministra que nunca ouviu falar em isenção – Tão logo correu a notícia de que um sargento da FAB havia sido preso na Espanha por tráfico de drogas, transportadas em avião que fazia voo em apoio a uma comitiva presidencial, a ministra do STM Maria Elizabeth Rocha concedeu entrevista à imprensa afirmando que o militar “se valeu da farda para traficar no avião de apoio da Presidência da República”, “algo inaceitável e revoltante”. “Se ficar de fato provado que ele assim agiu, a punição deve ser rigorosa. O caso é gravíssimo”. (Fonte: O Estado de S. Paulo, 29.06.2019)

A ministra pode defender, já que participou de uma comissão formada para esse fim, a revisão das penas do Código Penal Militar, mas não poderia antecipar juízos peremptórios sobre uma questão que ainda será submetida ao exame do STM, provavelmente. Mesmo que o militar em questão seja julgado na Espanha, caso aquele país não resolva simplesmente deportá-lo para o Brasil, em face da singularidade do meio utilizado para o crime, sua situação funcional (de provável expulsão) poderá ser apreciada pela Justiça Militar, caso a ela o interessado recorra.

Como se vê, a isenção não é mais guardada sequer na aparência; a celebridade vale tudo. Proclamar resultados por antecipação parece ser um jogo excitante e, afinal, a ‘presença opinativa’ é o que importa. Na óptica deformada da desordem, não importa se os conceitos estão fora do lugar, pois também os critérios da justiça devem ser submetidos à “*novilíngua*” e os “*dois minutos de ódio*” na “*teletela*” valem mais do os méritos obscuros do comedimento e da isenção, pois afinal todos os arquivos poderão ser reescritos depois no “*Ministério da Verdade*”.

Os conselheiros que ouviram o hino *Bella Ciao* e pensam que agora são partigiani - Logo que o site *The Intercept Brasil* publicou trechos apontados como registros existentes no arquivo eletrônico do procurador Dalton Dallagnol, coordenador da força tarefa que atua na Operação Lava-Jato, quatro conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público – CNPJ (Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, Gustavo do Vale Rocha, Leonardo Accioly da Silva e Erick Venâncio Lima do Nascimento) encaminharam ao Corregedor uma representação disciplinar contra o referido procurador.

Os conselheiros criaram um verdadeiro '*comando*', pois nenhum deles é promotor ou procurador de Justiça. Dois foram indicados pela OAB, um pelo Senado e outro pela Câmara de Deputados. Todos têm filiações ou simpatias partidárias, vinculações a políticos (como é o caso de Bandeira de Mello Filho, ligado ao senador Renan Calheiros e designado por este como Diretor Geral da Mesa). Quando foram criados o CNJ e o CNMP, a ideia manifesta pelos parlamentares que editaram a EC 45/2004 foi a de permitir a presença da sociedade civil, através de representantes não vinculados às carreiras, o que contrabalançaria o espírito corporativo. Ocorre que logo as casas legislativas, ao invés de indicarem juristas e professores de nomeada, passaram a compor os referidos conselhos com ... seus funcionários.

Os conselheiros mencionados comportam-se com a mais flagrante falta de noção a respeito de seus papéis: se eles integram um Conselho que tomará decisões de caráter disciplinar, como podem investir-se na condição de autores de representação? É um comportamento "*partigiani*" que provoca imediatamente seu impedimento, uma vez que não podem representar e depois julgar. O desatino é tão grande que os autores da representação já manifestaram sua inconformidade com o fato do Corregedor haver arquivado a peça, sob os argumentos acessíveis de que a suposta prova de violação dos deveres funcionais por Dallagnol foi

subtraída por meio ilícito e, de todo modo, não descreve fato processual simulatório ou destinado a viciar resultado de julgamento. (Fontes: Jornal do Comércio, 11.06.2019; Revista **Consultor Jurídico**, 27 de junho de 2019)

O site inglês *Urban Dictionary*, aproveitando a celeuma em torno da ação de *hackers* nos arquivos de Dallagnol, criou o neologismo "*greenwaling*", derivado do nome do jornalista americano Glenn Greenwald, dono do *The Intercept Brasil*, querendo o termo dizer a ação de invadir e manipular, construindo uma notícia a partir do material interceptado. Hoje há exemplos já numerosos de que *The Intercept* adulterou datas, nomes e textos e, ainda que houvesse um resíduo verdadeiro, a veracidade estaria comprometida pela manipulação intencional conduzindo a uma leitura fora de continuidade, contexto e relação exata com os fatos que foram determinantes no processo judicial.

Contudo, pessoas como o ministro Gilmar Mendes, que têm opiniões antes mesmo que os fatos aconteçam, apressaram-se em formular juízos, em denunciar escândalos, em apontar nulidades e em advertir para punições. Outros meios de imprensa, que também se referiram ao produto da ação de *hackers* no caso da Força Tarefa da Lava-Jato, como a Folha de S. Paulo (que publicou trechos mas recusou sua validade e relativizou seu conteúdo) ou a Rede Globo (que encerrou a parceria proposta por Glenn Greenwald na produção da notícia), acabaram cobrindo de incerteza o material "*greenwaling*".

Na verdade, o que foi apresentado como supremo escândalo resumiu-se a uma tentativa de repetir a incidência da "teoria da árvore envenenada", que foi acolhida por 3 votos a 2 por uma turma do STJ e sepultou a *Operação Satyagraha*, a primeira de grande envergadura contra o crime organizado de colarinho branco.

Ao contrário do que seu nome sugere a "*teoria da árvore envenenada*" não é nenhuma teoria jurídica. É um jogo metodológico que parte de uma premissa elementar, um silogismo rústico provindo dos EUA, que nem mesmo corresponde

etimologicamente às palavras de sua formulação. O sentido pretendido é o de que uma árvore envenenada (isto é, uma instrução baseada em provas viciadas) só produz frutos (ou seja, desdobramento das provas e evidências) igualmente envenenados. Como se vê, é um raciocínio que condiz mais com a expressão "árvore venenosa" e não "árvore envenenada". Ainda que fosse acolhida essa 'teoria', ela estaria situada no plano da sociologia jurídica, não do Direito. Isto por que segue a mesma lógica do *serendipity*, que serve à especulação sociológica, isto é, à associação de fatos casuais independentes como se fossem articulados e levassem a uma conclusão necessária.

Por isso tudo, a tentativa dos *conselheiros-partigiani* do CNMP de fazerem vingar as notícias plantadas por um jornalista estrangeiro, com ambições de tornar-se Edward Snowden ou Julian Assange no Brasil, mostra como nossa República está vulnerável a órgãos prepotentes e superdimensionados que 'estão fora de lugar', e tornam seu funcionamento um tormento para quem pensa e age livremente.

O Supremo que nega a supremacia da lei – Três julgamentos realizados recentemente pelo STF e ainda pendentes de uma finalização que dê caráter terminativo mostram que não há mais supremacia da lei na distopia brasileira. Alguém, cinicamente, poderá dizer que nunca houve; o que havia era a imposição legal àqueles que não pudessem se defender adequadamente. Todavia, como sempre fez parte da hipocrisia homenagear a virtude, fingia-se – e fingia-se relativamente bem – que tudo era feito em nome e na forma da lei.

O que há, desde que ingressamos na distopia, é a atitude escancarada de prescindir da lei. E o Supremo pontifica nisso.

Um caso vastamente conhecido da criação do "crime por analogia", pela aplicação das regras legais previstas para o crime de racismo à homofobia, que não tem tipificação em nosso sistema penal, mostra que não mais vige o princípio relativo à inexistência de crime sem lei anterior que o defina. Como o crime de

racismo é inafiançável e imprescritível, é o caso de perguntar: o Supremo, ao estabelecer a *analogia legis*, examinou essa consequência?

Na coleta de votos dos ministros houve quem dissesse da urgência em adotar o entendimento, ainda que existam propostas legislativas tramitando para tratar do tema específico da homofobia, porque os crimes de morte continuam acontecendo. Ora, nesses casos não há nem nunca houve impunidade, pois os delitos são enquadrados como homicídio ou feminicídio. Logo, trata-se de um argumento para parvos.

Outro caso de delírio interpretativo está expresso em liminar do ministro Roberto Barroso que determinou, em decisão recente, o cumprimento de pena de transgêneros identificados com o sexo feminino em presídios femininos. Seus fundamentos principais constam nestes excertos: "*Transexuais e transgêneros em geral constituem, sem dúvida, um dos grupos mais marginalizados na sociedade brasileira. A discriminação que sofrem tem natureza essencialmente cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais de representação que excluem o diferente, produzindo o não reconhecimento e mesmo o desprezo*".

"*Não há a mesma clareza, contudo, quanto ao tratamento a ser conferido às travestis, que apresentam uma identidade de gênero mais fluída*". (Fonte: Conjur, 26.06.2019)

Não explicou o ministro o que entende por identidade "*mais fluída*". Não se sabe se Roberto Barroso aprofundou-se no estudo do meio LGBT, cujas tendências são várias (a começar pelo fato de que essa comunidade distingue transexuais de transgêneros, que o ministro tratou indistintamente), nem se pensou nas dificuldades práticas da conduta por ele preconizada pois, uma vez que ainda não foi dado ao ser humano alterar sua natureza, embora cada vez mais possa adaptá-la como nunca o fez antes, nada impede nos caso em que não houve uma cirurgia

radical adaptativa, a reversão da escolha, em particular em circunstâncias de cumprimento de uma longa pena em regime fechado.

No início de 2018 o mesmo ministro havia determinado a transferência de travestis para estabelecimento prisional compatível com a identidade de gênero, embora ele saiba, porque isto é um óbvio ululante, que tal estabelecimento não existe. (Fonte: Notícias STF, 19.02.2018)

Mas, de tudo isso, o que mais impressiona é que o ministro Barroso prescinde da lei. A lei não interessa. Seu “entendimento” é esse. Seu “entendimento” – tanto quanto no caso do crime por analogia – não instala nenhuma ordem, apenas a *vontade distópica*.

O terceiro caso, mais abrangente que os anteriores, diz respeito à execução da pena de prisão após o julgamento confirmatório por um tribunal.

A disposição constitucional a respeito é esta: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

Muitos fazem a leitura exclusivamente literal desse dispositivo (embora o sistema existente entre nós de interpretação das regras jurídicas preveja a *interpretação complexa*, por isso chamada de *sistemática*, que abrange todo o processo interpretativo (1) *gramatical ou literal*, (2) *histórica*; (3) *lógica*; (4) *teleológico ou relativo à finalidade* e (5) *evolutivo*).

A excelente publicação do Senado sob o título “A construção do artigo 5º da Constituição de 1988” recupera os Anais da Constituinte e registra como se deu a formação do inciso LVII, art. 5º da Carta Magna.

Inicialmente, proposta pelo relator do anteprojeto e referendada pela Comissão de Direitos e Garantias Individuais, o texto era este: “considera-se **inocente** todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Muitos são os que continuam fazendo a leitura do dispositivo constitucional ao fim **aprovado** como se fosse aquele da redação do anteprojeto que, no entanto, *foi rejeitado*.

Na Comissão seguinte, da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a *declaração peremptória de inocência* antes do trânsito em julgado, que constava do anteprojeto, foi *substituída por uma presunção*, nestes **termos**: “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Tanto a declaração peremptória de inocência quanto esta última de sua presunção padeciam de igual vício, razão por que o segundo texto também foi rejeitado.

O vício consistia em que, nos casos de flagrante delito, de confissão ou de inequívoca prova de materialidade do crime e de autoria do indiciado ou do já acusado (ou mesmo do condenado em primeiro e segundo graus), ele *continuava inocente*. Logo, como se justificaria a prisão em flagrante, temporária ou preventiva de um “inocente”?

Assim sendo, a redação foi novamente alterada. O relator propôs na Comissão de Sistematização o texto que, afinal, foi aprovado em Plenário e é o vigente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Os Anais registram que os debates deixaram claro o entendimento dos constituintes de que a *formação da culpa em definitivo*, com o trânsito em julgado, não impediria a prisão, quer nos casos previstos em lei e referidos acima como em quaisquer outros frutos do entendimento da autoridade judicial, pois o constituinte fixou a garantia constitucional em torno da *culpa* e não da *prisão*.

É importante salientar, sobretudo para o leitor leigo, que a formação da culpa em matéria penal se dá de *forma progressiva*. Ela começa, em seu grau mais tênue, pela *suspeita*. Prossegue pelo *indiciamento*, pela autoridade policial. Continua pela *denúncia* do Ministério Público. Essa fase *indiciária* se conclui com o *recebimento da denúncia* pelo juiz, quando o acusado passa a ser réu. É então que começa a *fase probatória*, seguida da *fase decisória*, que se expressa pela sentença e, depois do recurso, pelo acórdão.

Este é o itinerário da formação da culpa que, nos termos da Constituição, só se tornará *definitiva* após o trânsito em julgado, ou seja, quando o interessado não mais recorrer ou quando não couber mais qualquer recurso que tenha pretensão desconstitutiva da pena.

Embora esta retrospectiva seja marcada pela linearidade, o Supremo Tribunal Federal não conseguiu ainda se entender a respeito. Depois de concluir que a pena poderia ser executada após sua confirmação em segundo grau, porque a partir daí o exame da matéria de fato está esgotado, não permitindo a reapreciação das provas, o Tribunal passou a vacilar e seus ministros, aleatoriamente, soltaram *balões de ensaio*, na forma de decisões individuais em habeas corpus ou em medidas cautelares suspendendo a execução de condenações já confirmadas em segundo grau.

É de se observar que não se trata de mudança na composição do Tribunal, fato que ocorre em todas as cortes do mundo, que dê ensejo a outra mudança, desta vez de tendência interpretativa, ou de jurisprudência. O que existe no Brasil de hoje é o que poderia ser chamado de *caos exegetico*, para fazer uma concessão aos retóricos.

E por que o Supremo não sabe agir em conjunto? **Primeiro**, porque não realiza o processo interpretativo segundo as variáveis clássicas da decifração das regras jurídicas, que entre nós já foram magnificamente expostas há muitos anos

pelo ministro Carlos Maximiliano, em obra clássica. **Segundo**, porque se prende a *circunstâncias históricas*, visando a determinado condenado ou a um grupo de condenados. **Terceiro**, porque está dominado pelo *empirismo*: os ministros se acham no direito de expor juízos prosaicos carregados pela opinião, ou de intervir antecipadamente em casos que ainda serão julgados por eles em um momento seguinte, ou de formular seu entendimento sobre processos que estão submetidos a outras instâncias judiciais. **Quarto**, e por fim, o STF despreza o trabalho do constituinte, não quer refazer seus passos no propósito de dar à regra o seu *sentido objetivo*. Trata da formação da culpa como se fosse um pecado que, uma vez imaginado já está perfeitamente concluído. Remonta à exegese medieval dos textos teológicos. Despreza o sistema baseado na metodologia científica de formação gradual e paulatina da culpa.

Um caso célebre desmoraliza por completo essas vacilações do Supremo Tribunal Federal. É o assassinato pelo jornalista Pimenta Neves, então redator-chefe do jornal O Estado de S. Paulo, da também jornalista Sandra Gomide. Foi um feminicídio *avant la lettre*, pois a descrição desse crime ainda não estava destacada. Apesar da autoria ser certa e indiscutível, de ter ocorrido o flagrante, do criminoso ser confesso, de inexistirem atenuantes, de incidirem agravantes (pois o motivo foi o de ciúme fútil e houve impossibilidade de defesa da vítima, que recebeu tiros até pelas costas), apesar disso tudo, a formação definitiva da culpa com o trânsito em julgado só ocorreu onze anos depois, em julgamento do próprio STF.

Por todo esse tempo, familiares da vítima, que dela dependiam economicamente, foram levados à miséria, pois a indenização ficou paralisada aguardando o trânsito em julgado da sentença penal.

O Supremo, portanto, celebra o caos. Mas não o caos das mitologias grega ou hebraica, que antecedia à formação do mundo. Um outro caos, que é derivativo da vontade humana de “descrir” a ordem, qualquer que ela seja, e de manter

apenas o processo de justificação permanente e insano que nos leva aos “dois minutos de ódio”, à “teletela”, à “novilíngua”, ao “Grande Irmão” e ao “Ministério da Verdade”.

Esta é a nossa distopia.

Epílogo - Foi nos anos 1960, década em que o mundo todo se perguntou para onde queria ir. Sob uma cabeleira branca, com a voz pausada e um extraordinário tempo de reflexão, o filósofo alemão Herbert Marcuse discursava sobre “a grande recusa” ao *establishment*, que ele localizava no ímpeto que acudia às sociedades marginais, não aos estamentos que estavam sob o compromisso de viver bem, o melhor possível, sem imergir nos dramas de um mundo dividido e das sociedades emparedadas por distinções irremovíveis. Foi então que lhe pareceu oportuno citar, como o fez em “Eros e Civilização”, um artista alemão romântico, contemporâneo de Goethe (que chegou a dirigir a encenação de uma peça sua), desconhecido no Brasil e de nome Heinrich von Kleist. Ele nos legou a tênue fresta para sairmos da distopia que nos esmaga: “*Devemos comer de novo o fruto da árvore do conhecimento, para retornarmos ao estado de inocência*”.

ADULTERAÇÃO NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA E O CRIME DE ESTELIONATO

AGNES LAÍS DE OLIVEIRA DOS ANJOS:
Advogada. Pós-Graduada. Representante da OAB no Conselho de Defesa do Consumidor – CONDECON – e representante da OAB na Comarca de Pedra Preta – MT.

Desde há muito, tem-se impregnado a imagem do famoso “jeitinho brasileiro” na hora de levar vantagem sobre algo. E, em muitos casos, assim é com a conta de energia elétrica. Mexe um fiozinho aqui, outro acolá, e sua fatura vem reduzida a termos gritantes no final do mês.

Por outro lado, ao se deparar com irregularidades no medidor, as concessionárias de energia elétrica lançam faturas de recuperação de consumo, com claro intuito de se verem ressarcidas pelos danos sofridos.

Como resultado, temos, de um lado, a concessionária, que quer ser ressarcida pelos danos que sofreu e de outro lado, o agente, que muitas vezes é surpreendido com faturas altíssimas a título de recuperação de consumo, e se vê, sem ter como comprovar o real faturamento, sustentando que as faturas de recuperação de consumo são emitidas de forma unilateral e arbitrária.

Tal discussão chegou a Quinta Turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que, em decisão inédita concluiu que: **“A conduta de alterar o medidor de energia para que não marque corretamente o consumo caracteriza o crime de estelionato”**, conforme artigo 171 do Código Penal.

O ministro Joel Ilan Paciornik, relator do recurso da defesa no STJ, alertou que o caso é diferente dos processos que envolvem a figura do “gato”, em que há

subtração e inversão da posse do bem (energia elétrica) a partir da instalação de pontos clandestinos.

Em análise ao caso, a relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura concluiu que "...não se tratar da figura do "gato" de energia elétrica, em que há subtração e inversão da posse do bem. Trata-se de prestação de serviço lícito, regular, com contraprestação pecuniária, em que a medição da energia elétrica é alterada, como forma de burlar ao sistema de controle de consumo, - fraude -, por induzimento ao erro da companhia de eletricidade, que mais se adequa à figura descrita no art. 171, do Código Penal – CP (estelionato)", AREsp nº 1.418.119 - DF (2018/0333774-2).

Se o agente não utiliza o contador e faz a ligação de energia elétrica "direta" da rede, montando o "gato" no imóvel, incorre nas penas do crime de furto (art. 155, § 3º CP), cuja pena é de reclusão de um a quatro anos, e multa.

Diferentemente, se ele utiliza o contador, transparecendo normalidade, mas fraudando o mesmo com algum mecanismo que reduza ou interrompa a contagem da energia utilizada, neste caso, incorrerá nas penas do crime de estelionato (art. 171 do CP), que tem pena de reclusão de um a cinco anos, e multa, conforme entendimento recente da Quinta Turma do Supremo Tribunal de Justiça, em AREsp 1418119.

Portanto, a grande importância da manifestação do STJ quanto ao tema, que caracteriza como crime de estelionato, a conduta do agente, que utiliza de artimanhas para induzir as concessionárias de energia elétrica ao erro, fazendo adulterações no medidor, e, obtendo vantagens ilícitas através de fraude, devendo este, responder conforme as sanções previstas no art. 171 do CP.

O TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RELAÇÃO LABORAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

JOÃO PEDRO MARTINS DE SOUSA:
Bacharelado do curso de Direito na
Universidade Estadual do Piauí.

RESUMO: Tipicamente conhecida e proclamação como Reforma Trabalhista, a Lei federal nº 13.467/2017 tem protagonizado uma série de polêmicas a seu respeito. Uma destas se trata do tratamento outorgado ao dano extrapatrimonial (expressão ampla, que inclui o dano moral). Enquanto os defensores da mencionada Reforma agarram-se ao discurso que a nova legislação seria importante para a retomada do crescimento econômico brasileiro, a partir da retomada de empregos, a polêmica levantada em torno da questão do dano extrapatrimonial com o advento da Lei nº 13.467, em especial, tem demonstrado que o substrato reformista da legislação provocou certos prejuízos na relação laboral. A partir disso, o presente trabalho se propõe a analisar as novidades trazidas com a Lei nº 13.467 no contexto do dano extrapatrimonial na seara trabalhista, antes analisado sob a ótica de dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil, mas que hoje possui regulamentação própria na Consolidação das Leis do Trabalho.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Reforma Trabalhista. Análise.

ABSTRACT: Typically known and proclaimed as Labor Reform, Federal Law nº 13467/2017 has carried out a series of controversies about it. One of these is the treatment granted to off-balance damage (which includes moral damage). While the proponents of the aforementioned Reform are clinging to the discourse that the new legislation would be important for the resumption of Brazilian economic growth, starting with the resumption of jobs, the controversy raised about the issue of off-balance damage with the advent of Law nº 13.467, in particular, has demonstrated that the reformist substratum of the legislation has caused certain

damages in the labor relation. From this, the present work intends to analyze the novelties brought with Law n°. 13.467 in the context of the extrapatrimonial damage, previously analyzed under the provisions of the Federal Constitution and the Civil Code, but which today has its own regulations in the Consolidation of Labor Laws.

Keywords: Extrapatrimonial damage. Labor Reform. Analysis.

Sumário: Introdução. 1. A caracterização do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho antes da Lei n° 13.467. 2. O dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho a partir da Lei n° 13.467 e o debate a respeito. Conclusão. Referências. Notas.

INTRODUÇÃO

É cediço que a Lei federal n° 13.467 (reforma trabalhista) tem protagonizado uma série de discussões polêmicas a seu respeito. Uma destas se trata do tratamento outorgado ao dano extrapatrimonial (que possui um sentido amplo, a abranger várias espécies de dano, como o estético e o moral). Enquanto os defensores da mencionada Reforma apoiam-se no discurso de modernização que a nova legislação teria conduzido, argumentando que a mesma deteria suma importância para a retomada do crescimento da economia brasileira, a qual por anos ficou estagnada, a polêmica levantada em torno da questão do dano moral com o advento da Lei 13.467, em especial, tem demonstrado que o tom reformista da legislação provocou certos prejuízos na relação laboral.

Há de se citar, por oportuno, o verdadeiro *déficit* popular da referida lei, que introduziu profundas mudanças no panorama trabalhista nacional. Atente-se que não se fala em falta de legitimidade, vez que os legisladores pátrios o possuem para legislar amplamente, desde que observando a Constituição. O que se aponta é o

fato de que a Lei 13.467 ter sido aprovada, em linguagem popular, “do dia para a noite”. O legislador não abriu uma ponte de diálogo com a sociedade para incorporar alterações em uma das marcas no âmbito dos direitos sociais, que é o Direito do Trabalho. Por esse motivo, vários aspectos da Reforma foram revistos pela Medida Provisória 808, que perdeu sua vigência em abril de 2018, sem aprovação pelo Legislativo.

Diante desse contexto pós-Reforma, este trabalho se propõe a investigar as novidades trazidas com a Lei nº 13.467 no contexto do dano extrapatrimonial na seara trabalhista, antes analisado sob a ótica de dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil, mas que, hoje, detém regulamentação própria na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 223-A a 223-G).

Não obstante, conforme será demonstrado, a nova realidade legislativa do Direito Laboral não obsta a leitura da Consolidação das Leis Trabalhistas à luz de preceitos constitucionais e demais ordenamentos nacionais, ainda que aquela legislação infraconstitucional diga o oposto.

1 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO ANTES DA LEI Nº 13.467/2017

Conforme corrente doutrinária majoritária, o termo “dano extrapatrimonial”, adotado pelo legislador da Reforma Trabalhista, é, de veras, amplo. Dentro da expressão caberiam subgêneros, como dano físico ou estético, existencial e moral. A diferenciação entre esses subtipos decorre, dentre outros fatores, da possibilidade de se cumular indenizações por diferentes danos, como o estético e o moral, nos termos da Súmula 387 do STJ. Também há, na doutrina, defensores de que a expressão “dano moral” seria gênero da espécie “dano estético” (CAIRO JÚNIOR, 2017).

Mais especificamente sobre dano moral, entende-se como sendo o “resultado de uma ação ou omissão que implique, de forma necessária, ofensa a um bem não avaliável economicamente” (CAIRO JÚNIOR, 2017, p. 1029). Interessante reparar que a mencionada conceituação é ampla, abrangendo tanto condutas comissivas (um fazer) quanto omissivas (não fazer).

Com a promulgação a Emenda Constitucional 45, de 2004, não restaram dúvidas a respeito da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por dano moral decorrentes da relação de trabalho, com a inclusão do inciso VI ao artigo 114 da Carta Magna, fixando expressamente essa possibilidade.

Não obstante, até os nossos dias, ainda é significativa a dificuldade encontrada para fixar parâmetros seguros a respeito do dano moral, tendo em vista que a legislação não traça critérios objetivos para sua configuração. A esse respeito, Elpídio Donizetti e Felipe Quintanella (2017, p. 435) explicam ser “da própria essência dessa indenização a ausência de medidas concretas e aritmeticamente precisas”, cabendo ao julgador precisá-las, de acordo com o caso concreto, observando os cânones da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse mesmo sentido dispõe o Enunciado nº 550, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizado pelo CJF em 2013: “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

Deve o juiz, portanto, ponderar a respeito do valor devido a ser recebido, observando-se a razoabilidade, a proporcionalidade, o nexos causal, a extensão do dano, o grau de culpa e a capacidade financeira das partes (CAIRO JÚNIOR, 2017).

No contexto trabalhista pré-Reforma de 2017, era pacífico ser o dano moral decorrente do contrato de trabalho devido em uma série de circunstâncias, como no fato de o empregado não ser registrado ou de o empregador não ter dado baixa

na CTPS do empregado (MARTINS, 2012a, p. 91-96). A propósito, a ausência de anotação na carteira de trabalho tem sido entendida pelos Tribunais brasileiros como fato ensejador do dito dano moral presumido (*in re ipsa*), conforme se conclui do julgado:

VÍNCULO DE EMPREGO. ANOTAÇÃO NA CTPS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A ausência de registro do contrato de trabalho, assim como a subsequente falta de recolhimentos previdenciários e do FGTS não se traduz em simples aborrecimento, visto que a informalidade, o desamparo, o tratamento de descaso e descuido dispensado pela empresa causa angústia, desgosto e aflição, o que enseja o pagamento de indenização por dano moral. [...] (TRT-1/RO: 00019074920135010471 RJ, Data de Julgamento: 28/06/2016, 9ª Turma, Data de Publicação: 07/07/2016)

Em semelhante sentido, a CLT veda que o empregador efetue anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua carteira de trabalho (art. 29, § 4º), o que também pode acabar por ensejar dano extrapatrimonial (MARTINS, 2012a, p. 102).

Na argumentação da formação do dano moral, em época anterior à Lei 13.467, como já adiantado, os obreiros se resguardavam sob dispositivos constantes do Código Civil (arts. 186 e 927), que tratam do fato ilícito, e da Constituição Federal, que asseguram a indenização por danos morais e materiais (art. 5º, V e X) e legitimam a Justiça do Trabalho para julgar ações fundadas nessas temáticas, decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI). Flávio Tartuce (2018), inclusive, recorda que a Constituição Federal serviu de verdadeiro marco para pacificar a questão dos danos extrapatrimoniais no Brasil, até mesmo expandindo o seu

cabimento para além do âmbito meramente cível, enquadrando-se em situações do próprio Direito de Família e do Direito do Trabalho.

No mesmo sentido, com essa expansão da aceitação da tese do dano moral no Brasil, o artigo 927 do Código Privado prevê que, aquele que causar dano a outrem, em virtude de ato ilícito, fica obrigado a repará-lo. E por ato ilícito, trata o mesmo *Codex* de regulamentar que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito” (grifamos).

Eis os dispositivos frequentemente utilizados em ações trabalhistas para fundamentar as ações fundadas em dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho. Porém, a partir da Reforma Trabalhista, houve evidente mobilização legislativa para restringir a aplicação das normas civis e, até mesmo, constitucionais no âmbito trabalhista.

Desde logo, esclareça-se que a aplicação de tais dispositivos na seara trabalhista encontra várias justificativas. A primeira delas versa sobre a impossibilidade do Direito ser “fracionado”: pelo contrário, o Direito deve ser visto como um todo, sob uma ótica panorâmica (REALE, 2002). Outro fator de grande importância a se constar é que o Código Civil se trata, à luz de preceitos clássicos, de um ordenamento privado, tendente a regular tais relações. Tal classificação de direito privado também é atribuída ao Direito do Trabalho, pelo menos por parte de parcela majoritária da doutrina (MARTINS, 2012b, p. 26). Aliás, a relação trabalhista nada mais é do que uma relação contratual, sinalagmática, em que ambas as partes se obrigam a determinadas prestações. Desse modo, justifica-se perfeitamente a aplicação do Código Civil no que se refere à fundamentação do dano moral no âmbito trabalhista.

Atinente à utilização de dispositivos da Constituição Federal, poder-se-ia dispensar quaisquer comentários, mas, por apego ao argumento, frise-se que a Norma Fundamental comporta paradigmas normativos supremos no interior do Estado brasileiro, sendo que estes não podem ser, em caso algum, desconsiderados ou infringidas por preceitos ordinários da legislação comum, seja ela federal, estadual ou municipal. Importa expressar, assim, que os dispositivos constitucionais são verdadeiramente cogentes, vinculando todo o ordenamento nacional, até mesmo a legislação trabalhista.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu repetidas vezes que os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 se aplicam às relações privadas, o que a doutrina reconhece como sendo a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (STF, RE 201.819-8/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 11.10.2005, *DJ* de 27.10.2006), em que os valores existenciais da pessoa humana estariam acima de valores puramente patrimoniais típicos do meio privado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012). O direito à indenização por dano moral proporcional ao agravo, simplesmente por estar no artigo 5º da Constituição, sem maiores esforços interpretativos, configura um direito fundamental, passível de ser aplicável, portanto, nas relações trabalhistas. Tais lembranças, inclusive, serão de fundamental importância para análise das desafortunadas disposições acrescidas à CLT, a partir da Reforma Trabalhista, para regular o dano extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho.

2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/2017

Dentre as várias alterações e inovações trazidas pela Lei nº 13.467, encontra-se a inclusão do Título II-A na Consolidação Trabalhista (arts. 223-A a 223-G), que cuida de tratar do dano extrapatrimonial.

Em seu artigo 223-A, prescreve-se que, *in verbis*: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”. Em inegável intenção de restringir a aplicação da legislação brasileira na tutela dos justrabalhistas, o mencionado artigo, visivelmente, trata-se de um esforço para afastar a utilização dos dispositivos do Código Civil e, até mesmo, da Constituição, outrora usados para a configuração do dano extrapatrimonial, conforme já demonstrado.

À vista da concepção unitária do Direito, a norma do artigo 223-A se demonstra afrontosa às mais básicas regras jurídicas, não obstante seja possível de ser editada e, até mesmo, defendida. A lei, por ser dotada de eficácia, deve ser aplicada. No entanto, não se deve olvidar a Constituição, que assegura em diversas passagens a proteção ao obreiro.

Ainda a respeito do artigo 223-A da CLT, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em 2017, aprovou-se o Enunciado nº 18, que questiona a constitucionalidade do mencionado artigo adicionado pela Reforma. Destaque-se que, embora esses Enunciados não possuam efeito vinculante, representam importante objeto de análise por representar a concepção de juristas do Direito do Trabalho.

O Enunciado nº 18 diz precisamente o seguinte:

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS

Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor da dignidade

humana (art. 1.º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5.º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1.º, III; 3.º, IV; 5.º, caput e incisos V e X e art. 7.º, caput, todos da Constituição Federal. [1]

O artigo seguinte do Título II-A, o 223-B, a ser interpretado em consonância com a norma restritiva do art. 223-A, determina que dano de natureza extrapatrimonial se trata de “ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são titulares exclusivas do direito à reparação”.

Além de representar esforço de afastar a aplicação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que tratam do ato ilícito, o novel artigo 223-B da CLT, manifestamente, busca conter o chamado “dano moral reflexo”. Essa espécie de dano se trata de uma construção jurisprudencial, conforme se retira do julgado do Tribunal Regional do Trabalho de Rondônia (TRT – RO), citado abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS POR RICOCHETE. AUSÊNCIA DE PROVA DE OFENSA À HONRA, DIGNIDADE E MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Conhecido como dano moral reflexo ou indireto, o dano moral por ricochete (ou préjudice d'affection) decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e consubstancia-se no dano praticado em relação à vítima, ou seja, o ilícito tem por vítima determinada pessoa, mas acaba por atingir (ricochetear) terceiros. Assim como o dano moral direto, a ideia de dano moral reflexo está indiscutivelmente associada à experiência de profundo e grave sofrimento, duradouro ou não, considerado à luz das expectativas normais do homem médio, e seu contorno jurídico tem por base os chamados direitos da personalidade, consoante a inteligência do artigo 5º, inciso X, da Magna Carta (TRT-17 – RO: 00004632920175170007, Rel. José Luiz Serafini, Data de Julgamento: 15.05.2018, Data de Publicação: 04.06.2018).

Ao determinar que são titulares exclusivas do direito à reparação os ofendidos na esfera moral ou existencial, uma interpretação restritiva do artigo 223-B da CLT acaba por tentar restringir o preceito do dano moral ricochete, que encontra sede constitucional e, portanto, não possui base normativa para sua existência. De acordo com o enunciado 20, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela Anamatra, buscou esclarecer:

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES E OUTROS ASPECTOS

O artigo 223-B da CLT não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se quanto a estes, as disposições previstas na lei 7.437/1985 e no Título III do Código de Defesa do Consumidor. [2]

Entende-se que essa interpretação é a que deve prosperar, tendo em vista uma visão panorâmica do ordenamento legislativo.

Em seguida, o artigo 223-C da CLT sentenciar, igualmente em tendência restritiva, que a “honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”. A Medida Provisória nº 808, de 2017, alargou esse rol, incluindo outros direitos, como por exemplo a etnia, a idade e a nacionalidade. Todavia, a referida MP teve sua vigência encerrada, sem que fosse convertida em lei pelo Congresso, mas seu propósito de expandir a listagem do artigo já deixa claro que a intenção legislativa, a partir da Lei 13.467, era de tornar taxativo o rol citado.

Na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovou-se o enunciado nº 19, que patrocina a tese de *exemplificatividade* do rol do artigo 223-C da CLT, tendo em vista a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, firmemente resguardada pela Constituição Federal (art. 1º, III).

Por sua vez, o artigo 223-D, trata de mencionar os bens juridicamente tutelados da pessoa jurídica, que seriam a “imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência”. Entende-se que tal rol, assim como o constante do art. 223-C, foi criado tendente a ser taxativo. Todavia, em decorrência de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o art. 223-D deve ser visto como portador de um rol meramente exemplificativo, tal qual o constante do art. 223-C.

O artigo 223-E da CLT esclarece que são “responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão”. Tartuce (2018) aponta que o

referido dispositivo, ao estabelecer um fracionamento da responsabilidade dos responsáveis pela ofensa do bem jurídico do obreiro, aparenta romper com a responsabilidade solidária em caso de vários agentes causarem o dano.

De forma apenas a adicionar na CLT algo que já ocorria há tempos na seara prática, consolidando-se na Súmula 37 do STJ, o art. 223-F determina que a reparação por danos extrapatrimoniais “pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo”.

Não obstante, maior parte das críticas referentes ao Título II-A da CLT, acrescido pela Reforma Trabalhista reside no art. 223-G na Consolidação Trabalhista, que determina uma série de elementos a serem considerados pelo juiz na apreciação do pedido de dano extrapatrimonial por parte da pessoa física ou jurídica. Tanto se pretendeu a ser taxativo que os incisos do mesmo artigo elencam, até mesmo, fundamentos óbvios, como os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão (art. 223-G, IV, CLT). Eis o artigo, *in verbis*.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;

- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Com evidentes intenções restritivas, também foram acrescidos ao artigo 223-G três parágrafos que tratam de estabelecer parâmetros à indenização por dano extrapatrimonial, no caso de o pedido seja julgado procedente, sendo vedada sua acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, § 1º, CLT).

Tratam-se de uma série de conceitos jurídicos indeterminados, a serem arbitrados pelo juiz e, *data maxima venia*, não encontram necessidade de serem expressos na legislação trabalhista. Apesar de não ser estabelecido o que pode configurar cada uma dessas ofensas, o § 1º do art. 223-G restringe em demasia o princípio do convencimento fundamentado do juiz, tarifando o dano extrapatrimonial, algo que já ocorreu no passado com relação ao dano moral e foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 396.386-4/SP.

Transcreve-se a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa, art. 52: não recepção pela CF/88,

artigo 5º, incisos V e X. RE interposto com fundamento nas alíneas **a** e **b**.

I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 – Lei de Imprensa – não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade superveniente. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com estas incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial – C.F., art. 5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido (STF,

RE 396.386-4, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.06.2004, DJ de 13.08.2004).

Percebe-se que o art. 223-G, § 1º, da CLT, repete a mesma regra outrora considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, ao julgar um dispositivo da Lei de Imprensa.

Baseando-se na tese da reparação integral do dano, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou a ADI 5.870 **[3]**, com pedido de medida cautelar, contra o mencionado dispositivo adicionado à CLT pela Lei 13.467 **[4]**.

Ainda no âmbito do artigo 223-G, se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização pelo dano extrapatrimonial deve seguir os parâmetros do § 1º, mas deve considerar o salário contratual do causador do dano, ou ofensor (art. 223-G, § 2º, CLT).

Importante citar que a Medida Provisória nº 808, de 2017, visando conter algumas imoderações no Título, incluiu o § 5º no art. 223 da CLT, estabelecendo que os parâmetros supracitados, constantes do § 1º do mesmo artigo, não se aplicariam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte, uma vez que essa se trata de uma consequência incalculável ao ofendido, não sendo aplicável a natureza gravíssima, haja vista que a morte ultrapassa em muito essa mera categoria indenizatória. Todavia, a MP 808 caducou, não mais existindo essa possibilidade na CLT. Assim, se levado a cabo o que dispõe o Título, em caso de morte do obreiro, uma vez que este seria titular exclusivo do direito à reparação (art. 223-B), não havendo de se aplicar quaisquer outras normas do Direito (art. 223-A), a família do falecido nada haveria de receber. Obviamente, essa tese não merece prosperar por todo o acima exposto.

O art. 223-G, § 3º, por fim, determina que, em caso de reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização, considerando os critérios do § 1º.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, demonstrou-se que, antes da Lei 13.467 (Reforma Trabalhista), os danos extrapatrimoniais eram configurados, no âmbito da Justiça Trabalhista, a partir de normas do Código Civil e da Constituição Federal, não havendo tratamento específico acerca da matéria na Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, com as profundas mudanças operadas pela Reforma, houve a inclusão, no texto da CLT, do Título II-A, o qual estabeleceu parâmetros ao dano extrapatrimonial decorrente do contrato de trabalho.

Vários dos dispositivos adotados pelo Título II-A da CLT, no entanto, como ficou evidente, colidem com paradigmas constitucionais, de forma a estabelecer rol claramente taxativo de direitos da personalidade a serem tutelados, tanto da pessoa física como da pessoa jurídica, e determinar limites considerando conceitos de dano assentados na pura abstração. Em virtude dessa colisão, várias foram as críticas recebidas e incontáveis são as ações ajuizadas no Supremo visando tornar sem efeito o disposto em alguns dispositivos.

Portanto, torna-se patente que o juízo, ao analisar casos concretos, examine-os não apenas com base na CLT, conforme tentou determinar o seu art. 223-A, mas, também, a partir das normas constitucionais de proteção do trabalhador e de inesgotabilidade dos direitos da personalidade, consignados em vários dispositivos tanto da Constituição Federal quanto do Código Privado de 2002. Isso porque o Direito não deve ser, ou não devia se pretender a ser, uma ciência fragmentada, e sim um ramo unitário, a ser encarado sob uma perspectiva panorâmica. Os

dispositivos incluídos no Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho, em muito, corroboram para a afirmação de que tal exercício jurídico nunca foi tão caro e necessário como em nossos dias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 5 dez. 2018.

_____. Casa Civil. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 5 dez. 2018.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012a.

_____. **Direito do Trabalho**. 28.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NOTAS

[1] e [2] Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em 5 jan. 2019.

[3] Íntegra da peça disponível em <<https://www.anamatra.org.br/files/01-Anamatra-STF-ADI-DanoMoral-Tabela-Inicial---Assinado.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2019.

[4] A esse respeito, confira-se o parecer disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/12/art20181226-01.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2019.

ABUSO DE AUTORIDADE: CARACTERIZAÇÃO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo fazer um breve estudo sobre o abuso de autoridade e a sua caracterização, ato ilícito, por meio do qual um agente público ou pessoa investida em função pública atua dolosamente em excesso de poder ou desvio de finalidade e, desse modo, atenta contra os direitos subjetivos de outrem.

Palavras-chave: Abuso de autoridade. Agente público. Ato doloso.

Abstract: The purpose of this article is to make a brief study of the abuse of authority and its characterization, an unlawful act, by means of which a public agent or person invested in public office acts fraudulently in excess of power or misuse of purpose and, against the subjective rights of others.

Keywords: Abuse of authority. Public agent. A willful act.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Os cidadãos, quase sempre os pobres, diariamente são vítimas de abusos de autoridades. Os direitos são desrespeitados quando:

- presos ilegalmente, sem terem cometido qualquer crime;
- revistados sem motivo e com violência;
- barracos são invadidos por policiais, em busca de marginais que nem se conhece;
- confissões são exigidas à força, com torturas ou obrigados a testemunhar o que não viram e nem ouviram;

- policiais prendem em batidas, simplesmente porque não estarem com a Carteira de Trabalho. Não adianta falar que tem outro documento que identifica, que são trabalhadores ou que estão desempregados. Uma realidade brasileira.

Abuso de autoridade é conceituado como o ato humano de se prevalecer de cargos para fazer valer vontades particulares. No caso do agente público, ele atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

Constitui-se "abuso de autoridade" quando uma autoridade, no uso de suas funções, pratica qualquer atentado contra a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto religioso, a liberdade de associação, os direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, o direito de reunião, a incolumidade física do indivíduo e, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 5 de junho de 1979). O abuso de autoridade levará seu autor à sanção administrativa civil e penal, com base na lei. A sanção pode variar desde advertência até à exoneração das funções, conforme a gravidade do ato praticado.

O artigo 5º da lei 4.898/65 "Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.". Assim, pode ser considerada autoridade qualquer funcionário público.

2 Desenvolvimento

O abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais, de onde temos a espécie abuso de poder. Sua conduta típica é considerada crime, de acordo com a lei 4898 /65. Assim, o abuso de autoridade abrange o abuso de poder, utilizando os conceitos administrativos para tipificar condutas contrárias à lei no âmbito penal e disciplinar. Por sua vez, o abuso de poder se desdobra em três configurações próprias, que são o excesso de poder, o desvio de poder ou de finalidade e a omissão:

1. Excesso de poder: quando a autoridade competente age além do permitido na legislação, ou seja, atua *ultra legem*;
2. Desvio de poder ou de finalidade: quando o ato é praticado por motivos ou com fins diversos dos previstos na legislação, ou seja, *contra legem*, ainda que buscando seguir a letra da lei, mas onde normalmente ocorre violação de atuação discricionária;
3. Omissão: quando é verificada a inércia da administração em realizar as suas funções, injustificadamente, havendo violação de seu poder-dever.

Para o exercício de suas funções, o agente público dispõe de um poder regulado pela lei. O agente público só pode fazer aquilo que a lei determina e o que a lei não veda. Em outras palavras, não pode atuar de forma contrária à lei (contra legem), além da lei (ultra legem), mas exclusivamente de acordo com a lei (secundum legem). O uso de poder é uma prerrogativa do agente público, e ao mesmo tempo em que o agente obtém a prerrogativa de "fazer" ele atrai o "dever" de atuar, o denominado poder-dever.

O artigo 3º e 4º da lei 4.898/65 elenca condutas consideradas crime de abuso de autoridade, mas nos atentaremos as do artigo 3º, são elas os atentados:

A) À liberdade de locomoção:

Entende-se que ninguém será privado do direito de ir e vir, sem motivo legal, nem preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão disciplinar ou crime militar propriamente dito.

B) À inviolabilidade do domicílio:

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial". Com isso, verifica-se que não observadas essas

determinações do texto maior, será considerado abuso de autoridade qualquer intervenção dentro do domicílio de qualquer cidadão.

C) Ao sigilo de correspondência:

Entende-se o ato de violar correspondência alheia, sem permissão do destinatário, seja comunicação por carta, telegráfica ou telefônica, por isso que todo e qualquer grampeamento telefônico deve ser feito sob autorização judicial.

D) À liberdade de consciência e de crença:

Assegura o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, também uma garantia constitucional.

E) Ao livre exercício do culto religioso:

Vale lembrar que a liberdade de consciência, de crença e ao culto religioso não é absoluta, pois caso sejam atentatórios à moral ou coloquem em risco a ordem pública, a autoridade pode impedir a sua realização.

F) À liberdade de associação:

Qualquer pessoa é livre para se associar, considerando abuso a atitude da autoridade de proibir ou impedir tal exercício.

G) Aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício de voto:

Conforme artigo 14 da Constituição Federal, ninguém pode ser impedido ou que seja dificultada ao cidadão o seu direito de voto, qualquer impedimento ou entrave será considerado abuso de autoridade.

H) Ao direito de reunião:

A autoridade que dificultar ou impedir o direito de se reunir em grupo, deverá sofrer as punições cabíveis, o direito de reunião é uma garantia constitucional, desde que não tenha fins ilícitos ou que seja realizada em local proibido ou sem révia permissão.

I) À incolumidade física do indivíduo:

Trata-se de que será considerado abuso, qualquer lesão a incolumidade física do indivíduo sem motivo justificadamente legal, mas devendo-se olhar atenção, pois esse abuso pode resvalar numa tentativa de homicídio, lesão grave ou tortura.

J) Aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional:

Garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas por lei. Esse direito está assegurado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

O bem jurídico tutelado pela lei de abuso de autoridade são os direitos e garantias fundamentais, são aqueles garantidos pela Carta Magna, seja a liberdade de culto, o direito de ir e vir, compreende toda a garantia de que o cidadão possa gozar e desfrutar, sem ser perturbado ou ameaçado.

Quem pode ser o sujeito ativo? Nos crimes de abuso de autoridade o sujeito ativo sempre será a autoridade, autoridade essa que consideramos para os efeitos dessa lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente. Pode-se considerar também como sujeito ativo aquele que atua como participe ou coautor, mesmo aquele que não se enquadra no artigo 5º da lei 4.898/65.

Nos crimes de abuso de autoridade não existe culpa, pois nesses crimes sempre haverá a intenção de causar dolo, conseqüentemente nesses crimes sempre haverá o dolo, a intenção de causar a lesão, de praticar o dano.

O artigo 3º da lei não admite a tentativa, entretanto, o artigo 4º da mesma lei, já se pode falar na figura da tentativa, pois as condutas tipificadas nas letras desse artigo são mais detalhadas, admitindo-se assim, o instituto da tentativa.

Quanto às sanções aplicadas às autoridades que cometem abuso, vale dizer que podem ser de natureza administrativa, civil e penal, acarretando em advertência, repreensão, suspensão do cargo por 180 dias com perda de vencimentos e vantagens, destituição de função, demissão, multa, detenção, perda do cargo, dentre outras, a depender do caso concreto.

No entanto, para que as autoridades possam ser punidas, é preciso que a vítima do abuso exerça o direito de representação por meio de petição dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção ou ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Interessante destacar, por último, que a vítima do abuso de autoridade pode requerer indenização por danos morais na Justiça, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A pena máxima cominada para o crime de abuso de autoridade é de seis meses de detenção, ou multa, sendo certo que a sentença absolutória não interrompe a prescrição e a pena de multa, quando aplicada isoladamente, prescreve em dois anos e decorridos mais de três anos do recebimento da denúncia.

Na legislação internacional, merece menção a Declaração dos Direitos da Vítima, documento registrado sob a Resolução Nº 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas a 29 de novembro de 1985, e que em seu conteúdo, define quem são as vítimas da prática do abuso de poder. Lá estão relacionadas as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que não cheguem a constituir violações de direito penal nacional, mas violem normas internacionalmente relativas aos direitos humanos.

O Senado Federal aprovou em 26 de junho de 2019 um projeto que criminaliza abuso de autoridade cometido por juízes e membros do Ministério Público. A proposta agora será enviada à Câmara dos Deputados. Segundo o projeto aprovado qualquer cidadão poderá comunicar à autoridade competente a prática de ato que configure abuso de autoridade de um magistrado ou membro do Ministério Público.

Para isso, é preciso que as condutas questionadas tenham sido "praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal".

Constitui crime de abuso de autoridade de juízes e membros do MP, por exemplo: atuar com "evidente" motivação político-partidária; proferir julgamento quando impedido por lei; receber pagamento pela sua atuação em processos; exercer outro cargo, salvo professor, ou ser sócio de empresas.

Além disso, também pode ser considerado crime de abuso de autoridade expressar, em meios de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seja ele seu ou de outro magistrado. Uma exceção incluída pelo Senado é o Ministério Público, que pode se manifestar pela imprensa desde que não extrapole "o dever de informação e publicidade". A pena prevista é de seis meses a dois anos de detenção.

Conclusão

O abuso de autoridade está entre as quatro principais reclamações da população do Estado de São Paulo à Ouvidoria de Polícia. Em 2018, o órgão recebeu 5.540 denúncias em relação às atividades das polícias civil, militar e técnico-científica. Foram 840 denúncias classificadas como abuso de autoridade, sendo 84% envolvendo policiais militares, 14% de policiais civis e 2% com membros das duas polícias (Dados da Ouvidoria da Polícia de São Paulo ano 2018).

O abuso de autoridade é ato ilícito, reprimido nas esferas penal, civil e administrativa, por meio do qual um agente público ou pessoa investida em função pública, valendo-se desta posição, atua dolosamente em excesso de poder ou desvio de finalidade e, desse modo, atenta contra os direitos subjetivos de outrem.

Referências

Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade)

GUARACY, Moreira Filho. **Código penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Riddel, 2012.

NUCCI, de Souza Guilherme - **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - vol.
1 8ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REFORMA TRIBUTÁRIA: ONERAR MAIS NÃO É O CAMINHO

Everardo Maciel[1]

Hamilton Dias de Souza[2]

Humberto Ávila[3]

Ives Gandra da Silva Martins[4]

Roque Antonio Carrazza[5]

Kiyoshi Harada[6]

Recém aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a reforma tributária objeto da PEC 45/2019 conta com respeitáveis apoios. Nada mais natural, pois a complexidade do sistema tributário gera efeitos perversos sobre a economia, muito incômodos em tempos de retração. Entretanto, se a necessidade de mudanças é inequívoca, a aprovação desse projeto deve passar pela seguinte questão: as alterações propostas são boas para o País?

O foco da PEC 45/2019 é a tributação sobre o consumo. Tenta-se criar o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) em substituição ao ICMS, IPI, ISS e PIS/COFINS. Ele seria instituído e disciplinado por lei complementar da União. Estados e Municípios poderão apenas alterar suas alíquotas, porém com severas restrições. Realmente, os percentuais deverão ser os mesmos “para todos os bens e serviços”, respeitando-se os mínimos fixados pelo Senado para cobrir gastos com saúde e educação. Será proibida a redução do tributo em função da essencialidade do item (cesta básica, p. ex.) ou de políticas de desenvolvimento local. Além disso, o IBS será regulamentado, arrecadado e fiscalizado por Comitê Gestor vinculado à União.

Esse caráter centralizador é uma evidência inequívoca da inconstitucionalidade do projeto. De fato, segundo dados do Tesouro Nacional citados no voto do Relator da matéria na CCJ da Câmara, 43% (quarenta e três por

cento) da atual arrecadação dos Municípios e 88% (oitenta e oito por cento) das receitas tributárias dos Estados passarão a ser controlados pelo Poder Central. Tal remanejamento de competências e receitas tributárias não se afina com o Pacto Federativo. Afinal, tende a **enfraquecer** a autonomia financeira dos entes descentralizados, com efeitos deletérios sobre a realização de suas atribuições constitucionais, na medida em que eles **não** estarão autorizados a instituir e arrecadar o IBS, variar alíquotas em função do setor, produto ou das circunstâncias econômico-sociais de cada momento.

Insista-se que dentre as cláusulas integrantes do Pacto Federativo em vigor está a **autonomia dos entes descentralizados**, o que supõe repartição de competências e receitas de tributos. Tais divisões são *“pilares da autonomia dos entes políticos”* (STF, RE 591.033, Min. Ellen Gracie), porque *“consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito”* (STF, ADI 4228, Min. Alexandre de Moraes) e permitem que Estados e Municípios realizem suas incumbências constitucionais. Logo, *“não pode emenda constitucional suspendê-la[s] ou afastá-la[s], porque, se o fizer, ofenderá o pacto federativo, enfraquecendo-o, pelo que é tendente a aboli-lo”* (STF, ADI-MC 926-5, voto do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 6/5/94).

Esse vício é grave e merece ser discutido com profundidade nas instâncias próprias, mas a proposta examinada levanta questões para além do âmbito jurídico.

A primeira perplexidade é que a PEC 45/2019 implicará aumento de impostos. De fato, o IBS será *“uniforme para todos os bens e serviços”* e englobará o ICMS, IPI, ISS e PIS/COFINS. Assim, quase todos os setores sofrerão alguma elevação tributária. Produtos agrícolas que atualmente não se sujeitam ao IPI passarão a absorvê-lo parcialmente. Serviços tradicionais, como advocacia, contabilidade etc., hoje submetidos ao ISS com alíquota média de 4,38%, terão sua tributação acrescida de percentuais equivalentes ao IPI e ao ICMS. Se o IBS tiver alíquota de

25%, como se noticia, estima-se que haja majoração de mais de 300% para serviços prestados por pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido. Para os autônomos, o impacto será ainda maior, podendo chegar a quase 700%, pois será adicionado não só o equivalente ao IPI e ICMS, mas também ao PIS/COFINS que hoje não alcança tais pessoas físicas. Mas não é só.

A PEC 45/2019 também tenta criar Imposto Seletivo para “desestimular o consumo” de bens e serviços que gerem externalidades negativas. Todavia, não há quaisquer limites a serem observados pela figura, nem critérios que definam os produtos e setores atingidos. Essa carta branca poderá resultar na instituição de um imposto de amplo espectro, incidente em duplicidade sobre os mesmos itens objeto do IBS. Nesse sentido, por exemplo, veículos movidos a combustíveis fósseis poderiam ser alvo desse tributo, pois são poluidores e podem ser substituídos por carros a álcool ou elétricos. Em suma: a pretexto de suposta extrafiscalidade, o Imposto Seletivo poderá incidir sobre vasta gama de itens.

Outro problema é a complexidade. Ambiciona-se revogar 19 dispositivos e introduzir 141 outros na Constituição. Com isso, quase 40 novos conceitos serão criados. Nos primeiros dois anos, o sistema será adaptado à base de “tentativa e erro”. Durante a primeira década, o País conviverá com dois modelos paralelos, o novo e o atual. Os contribuintes prestarão contas aos três níveis de fiscalização existentes e àquele a ser criado para tratar do IBS. Passada a transição inicial, nada garante que o sistema seguirá sem alterações. Por isso, o próprio prazo de 50 anos para que Estados e Municípios sejam reparados pelas perdas resultantes do novo tributo é duvidoso. Afinal, há mais de 15 anos os Estados lutam para que a União compense os prejuízos oriundos da eliminação do ICMS-Exportação promovida pela EC 42/03. De resto, admitida a suposta neutralidade arrecadatária do modelo, em termos agregados, as perdas haveriam de ser compensadas com mais carga tributária.

Em suma, o País necessita de reforma tributária que não implique aumento de impostos e garanta segurança, transparência, simplificação e neutralidade. Tais imperativos não são satisfeitos pela PEC 45/2019.

NOTAS:

[1] Consultor tributário. Secretário da Receita Federal no período de 1995 a 2002.

[2] Advogado e Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

[3] Advogado e Professor Titular de Direito Tributário da USP.

[4] Advogado e Presidente do Colégio de Presidentes do Instituto dos Advogados de São Paulo.

[5] Advogado e Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

[6] Advogado e Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

* Texto publicado no Jornal o Estado de São Paulo, de 26-7-2019, p. A2.

A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO NOVO CPC

DANIELA TAMAIO LOPES BONELI:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde:
09/07/2019

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil, criou-se a controvérsia quanto a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, notadamente, quando seu arbitramento não acompanha os ditames da regra geral. Desta forma, tem surgido decisões fora da ordem de vocação, utilizando-se do instituto da fixação equitativa, o que traz insegurança quanto a interpretação do artigo 85, § 8º do NCPC. Assim, surge a seguinte questão: em quais situações o magistrado poderá, de fato, fixar honorários por apreciação equitativa?

PALAVRA CHAVE: Arbitramento honorários – Sucumbência – Interpretação Artigo 85 do NCPC – Fixação Equitativa – Limites

ABSTRACT: With the advent of the New Code of Civil Procedure, controversy has arisen regarding the setting of attorney's fees for succession, notably when its arbitration does not follow the dictates of the general rule. Thus, decisions outside the order of vocation have arisen, using the institute of equitable fixation bringing uncertainty regarding the interpretation of article 85, § 8º of the NCPC. Thus, the question arises in which situations the magistrate may in fact fix fees for fair consideration?

KEYWORD: Honorary Arbitration - Succumbing - Interpretation Article 85 of the NCPC - Equitable Fixation - Limits.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da Fixação da Sucumbência; 2. Dos limites da fixação equitativa; 3. Posicionamento do TJSP. Considerações Finais.

Introdução

Preliminarmente, merece rememorar a campanha lançada pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, no ano de 2011, onde naquela época, mesmo na vigência do anterior diploma processual civil, já existia a preocupação com o arbitramento dos honorários, visto que estavam sendo fixados

de forma ínfima, o que deflagrou o uso da expressão “honorários não são gorjeta”, a saber:

“O profissional da advocacia diuturnamente luta contra injustiças, abusos de poder, atos ilegais... Enfim, toda a sorte de problemas que afligem o cidadão, empresas, instituições públicas e privadas. Essa batalha é travada, na maior parte das vezes, junto às barras de nossos Tribunais.

São Advogados e Advogadas que recebem de seus clientes o problema no “estado bruto” e, identificando o instrumento a ser utilizado e a solução jurídica mais correta, logram êxito na busca da tutela jurisdicional. Mas esse êxito somente é obtido após longos anos de árduo trabalho, acompanhando o processo no Fórum, cumprindo etapas da burocracia estatal, discutindo e lutando contra abuso de autoridades, esgrimindo teses jurídicas, participando de audiências, acompanhando perícia, rebatendo as incansáveis decisões que compõem a denominada jurisprudência defensiva de nossos Tribunais, até, ao final, entregar ao cidadão “o que lhe é devido”.

Nesse momento de vitória, conquista do direito de seu cliente, a Advogada e o Advogado vêm se deparando, com impressionante contumácia, com decisões que arbitram honorários de sucumbência em valores ínfimos e outras que os reduzem drasticamente. Essa redução, o que é mais alarmante e revoltante, vem se dando contra legem, tratando indignamente a advocacia. Não se tolera mais essa ordem de coisas! As regras postas (Estatuto da Advocacia e da OAB e

Código de Processo Civil) estabelecem limites inferiores e superiores para esses honorários, que, segundo o STF, pertencem ao Advogado.

[...] Honorários não nos vêm, regular e automaticamente, como vencimentos. São contraprestação derivada de mérito, de honor, da honra que se empresta à profissão e que é devida ao profissional pelo trabalho e dedicação ao seu mister, durante anos. Vale lembrar que o custo do exercício da digna profissão do Advogado e da Advogada (manutenção e material de escritório, gastos com pessoal, cursos de aperfeiçoamento) é, na grande maioria das vezes, assumido pelo profissional antecipadamente, que, com base no suor do seu trabalho, conta com o resultado favorável a seu cliente e com a respectiva verba de sucumbência. Assim, quando supostamente o valor de determinada condenação sucumbencial aparenta ser elevado, na verdade aquele valor é dedicado a cobrir inúmeras despesas, investimentos e, quando possível, justa melhoria de vida para o profissional da advocacia. Advogados e Advogadas, não há justificativa para que seja aceita essa vergonhosa situação de inexistente ou ínfima fixação de verbas sucumbenciais ou de sua redução. Segundo o dizer de um dos mais brilhantes advogados (Noé Azevedo): “honorários não são gorjeta”. Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. Junho de 2011”. (g.n.)

A expressão “honorários não são gorjeta” indica o sentimento de frustração, descaso e desrespeito, sofridos em virtude de um árduo trabalho técnico científico ser monetizado abaixo dos ditames legais, onde se deveria receber

conforme determinado em lei, e acaba por sua vez, recebendo pequena gratificação em dinheiro ao arrepio desta.

Com o advento da lei 13.105/15 conhecida como Novo Código de Processo Civil, abriu-se a discussão sobre os limites da subjetividade do julgador quando da fixação dos honorários advocatícios. Desta forma, a interpretação da norma é o que tem sido objeto de críticas, o que inclusive, no passado, sob a égide de Justiniano, R. Limonge França^[1] lecionou:

“No terceiro prefácio ao Digesto, o Imperador Justiniano determinou **que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam sequestradas e destruídas.** (FRANÇA, 1988. P. 22)” (g.n.)

Não se busca impedir ou ameaçar a nobre tarefa do magistrado em aplicar a lei ao caso concreto, conforme o Imperador Justiniano determinou no passado, mas sim, se busca verificar se os critérios hermenêuticos estão de fato sendo respeitados, porquanto a interpretação jurídica, segundo Bobbio^[2]:

“Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: **a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro;** fala-se, neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito.”(g.n.) (Bobbio, 1996, p.213)

Essa relação entre signo e significado se destaca porquanto ao julgar, com a devida fixação de honorários advocatícios, fundamentados diretamente no § 8º do artigo 85 do NCPC, preterindo a ordem de vocação, surge a controvérsia se esta seria a vontade da lei, a interpretação segundo a letra conforme acima transcrito ou se realmente trata-se de interpretação segundo o espírito, a finalidade com que foi criada.

1. **Da fixação da sucumbência**

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 85^[3] e seguintes determina os percentuais para a fixação dos honorários advocatícios a saber:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.” (g.n.)

Verifica-se que o legislador quis e o fez de forma clara, ao deixar expresso a lógica hierárquica na lição de Marcus Vinicius Furtado Coelho^[41]:

“Por ser norma infraconstitucional, **o dispositivo deve ser interpretado, pela lógica hierárquica das normas, em obediência aos ditames constitucionais**, principalmente, devido à pertinência temática, em relação ao art. 133 que elenca o advogado como figura essencial ao sistema de justiça.” (g.n.)

Ademais, a Lei Complementar 95/98^[51], que: “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.”, precisamente determina a ordem lógica, já mencionada.

“Art. 11. **As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:**

[...]

III - **para a obtenção de ordem lógica:**

[...]

c) **expressar por meio dos parágrafos** os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e **as exceções à regra por este estabelecida;**” (g.n.)

Portanto, os percentuais de 10% a 20% correspondem a regra geral, onde o magistrado poderá fixar esses percentuais com base no valor da condenação, no valor do proveito econômico obtido ou, não sendo possível

mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, não havendo espaço para aplicar o instituto da equidade.

2. **Dos Limites da Fixação Equitativa**

Neste contexto, da análise do artigo 85 do NCPC, podemos registrar que até no caso da impossibilidade de mensurar o valor, o comando geral do artigo já apresenta a solução, que será sobre o valor atualizado da causa, não havendo, nessa posição geográfica, nessa ordem de vocação, qualquer alusão a equidade, cujo termo, somente será encontrado mais adiante, no parágrafo 8º, do referido artigo, *in verbis*:

“§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz **fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa**, observando o disposto nos incisos do § 2º.” (g.n.)

Este parágrafo tem sido incorretamente utilizado para fixação de honorários em patamares mínimos, quiçá irrisórios, e a análise já acima apresentada rechaça a sua aplicação, contudo, por outro lado, Luiz Dellore⁶¹ nos apresenta uma outra preocupação, a da utilização deste parágrafo para diminuição de honorários, o que acreditamos ser impossível, dados os critérios hermenêuticos já explicitados, *in verbis*.

"Seguramente haverá debate se este § 8º pode ser utilizado para minorar os honorários, caso o resultado da fixação, conforme os critérios previstos nos diversos parágrafos, leve a uma quantia muito elevada. A resposta deve ser negativa. A opção do legislador foi clara, o presente artigo foi inserido com a finalidade de afastar as condenações em valores irrisórios. Assim, é diametralmente oposto ao

previsto na legislação aplicar esse dispositivo para diminuir os honorários fixados conforme critérios legais." (g.n.)

De forma pioneira o Conselho da Justiça Federal rechaçou qualquer possibilidade de aplicação do instituto da equidade fora dos limites do parágrafo 8º, do artigo 85 do NCPC, conforme seu Enunciado nº¹⁷¹ 6, da I Jornada de Direito Processual Civil:

"a fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no §8º do art. 85 do CPC". (g.n.)

Inconscusa a impossibilidade de arbitramento de honorários fora dos percentuais determinados pelo 85 do Novo Código de Processo Civil, sem qualquer indício de aplicação do § 8º, de modo que no julgamento do Recurso Especial 1.746.072 / PR¹⁸¹ (Relator para acórdão, Min. Raul Araújo Filho), a Segunda Seção, por 6X3, decidiu pela impossibilidade de se utilizar o § 8º do artigo 85 para a redução de honorários tidos por excessivos:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários

advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico

obtido, sobre o valor atualizado da causa (art.85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido".(g.n.)

A própria decisão é alto explicável, não havendo pecha de dúvida quanto a interpretação do artigo 85 do NCPC.

3. Posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Logrou-se verificar que algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já proferiram decisões contrárias a aplicação da fixação por equidade, declarando que a sua aplicação somente se deve quando os valores se mostrarem irrisórios, inestimáveis ou o valor da causa ser muito baixo, a saber:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS¹⁹¹ – Reconhecimento jurídico do pedido inicial pela ré-apelante – Extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 487, III, "a", do CPC/2015 – Pretendida dispensa da condenação da ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 90 do CPC - Fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa ou 10% de R\$ 135.684,19 – **Base de cálculo correta, não se aplicando a "apreciação equitativa" prevista no § 8º do art. 85 – Incidência da regra do § 2º do art. 85: fixação entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor atualizado da causa** - Limites e critérios previstos nos §§ 2o e 3o aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão (...) **Não se aplica a norma do § 8º do art. 85 do CPC/2015 ("apreciação equitativa do juiz"), que trata das hipóteses de "valor inestimável" da causa, de "irrisório proveito econômico" da demanda, ou "quando o valor da causa for muito baixo"**. No caso, o valor da causa não era inestimável, sendo, ao contrário, definido em valor certo, que não era baixo (R\$ 135.684,19 em 02-12-2016). E o reconhecimento jurídico do pedido não afasta o proveito econômico da demanda, que continuou subsistindo independentemente da atitude tomada pela ré-apelante

depois de citada para os termos da ação. Assim, não se encartando a hipótese dos autos numa daquelas que a lei autoriza a aplicação da "apreciação equitativa", incide a regra do § 2º do art. 85 do CPC: "Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa". (g.n.)

"Embargos de declaração^[10]. **Contradição reconhecida quanto ao critério utilizado para o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais. Inaplicabilidade da regra prevista no art. 85, § 8º, do CPC. Valor fixado em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 2º, do mesmo diploma legal.** Embargos acolhidos, com efeitos modificativos. (...) **De fato, não era o caso de arbitramento dos honorários por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, uma vez que não era inestimável ou irrisório o proveito econômico da causa, tampouco era muito baixo o valor atribuído à causa.** Conforme lição de Ronaldo Cramer sobre os parâmetros de fixação dos honorários de sucumbência, o §2º do artigo 85 dispõe que a definição da sucumbência deve ser entre 10% a 20% sobre o valor da causa, quando não houver valor da condenação ou não for possível mensurar o valor do proveito econômico. **Ainda, sobre o paragrafo 8º do mesmo artigo, deve servir de critério quando os requisitos do § 2º tiverem valores irrisórios ou inestimáveis** (Comentários ao

Código de Processo Civil, v. I, Coord. Cassio Scarpinella Bueno, Saraiva, 2017, p. 445). (...)"

"(...) Honorários sucumbenciais^[11]. Autor que pede a majoração, mediante a fixação da verba honorária advocatícia com base no § 2º do art. 85 do CPC e ré que, por sua vez, pugna pela redução do valor arbitrado por equidade em R\$ 6.000,00. Regra § 8º do art. 85 do CPC que está restrita as situações expressamente previstas. Impossibilidade da fixação da verba honorária por equidade no caso concreto. Inteligência do § 2º do art. 85 do CPC. Honorários fixados em 11% do valor da causa, quantia apta a remunerar condignamente o advogado pelo trabalho realizado nos autos. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido, provido o recurso do autor, para fixar os honorários advocatícios em 11% do valor atualizado da causa, já considerado o trabalho realizado na fase recursal, nos termos do § 2º e 11 do art. 85 do CPC. (...) Assim, **em regra a norma ostenta caráter objetivo, em relação aos patamares mínimo e máximo da verba, reservando ao julgador a ponderação acerca dos critérios estabelecidos no dispositivo em questão. A fixação por equidade dos honorários advocatícios está restrita às hipóteses do § 8º do art. 85 CPC, "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo"** (g.n.).

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS^[12]. MAJORAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. MAGISTRADO QUE, EM

VIRTUDE DA SUCUMBÊNCIA DO AUTOR, FIXOU OS HONORÁRIOS, POR EQUIDADE, NO VALOR DE R\$ 3.000,00. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMISSÃO DE CORRETAGEM. VALOR DA CAUSA ATRIBUÍDO EM R\$ 84.044,80. MONTANTE LÍQUIDO QUE NÃO PODE, ADEMAIS, SER TIDO POR IRRISÓRIO. **FIXAÇÃO POR EQUIDADE QUE APENAS SE JUSTIFICA QUANDO O VALOR DA CAUSA FOR INESTIMÁVEL, IRRISÓRIO OU MUITO BAIXO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 8º DO NCPC. CASO EM QUE INCIDE O ART. 85, § 2º DO ESTATUTO PROCESSUAL.** HONORÁRIOS MAJORADOS PARA 10% DO VALOR DA CAUSA. SENTENÇA REFORMADA NO TOCANTE. RECURSO PROVIDO." (g.n.)

Consoante jurisprudência acima, podemos identificar a lógica na leitura dos parágrafos do artigo 85 do NCPC, na busca do verdadeiro sentido das locuções e orações existentes no próprio dispositivo legal, o que foi alcançado quando da discussão sobre o tema no referido tribunal.

Considerações Finais

Foi possível constatar e longe de buscar limitar a nobre atividade de julgar, que a aplicação do § 8º do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, com o objetivo de fixar honorários, sem considerar os parágrafos anteriores, notadamente o § 2º, afronta os critérios de hermenêutica.

Notadamente verificamos que o comando geral do artigo é a aplicação com fixação dos percentuais entre 10% e 20%, e somente em caso dos valores se mostrarem irrisórios, inestimáveis ou o valor da causa ser muito baixo é que se deflagra a hipótese legal do § 8º.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça veio no momento certo, porquanto a própria OAB já estava consultada para pedidos de intervenção na qualidade de *amicus curae* da entidade, nos processos em que os ocorrida a fixação irrisória, o que agora se arrefecerá.

Referências

BOBBIO, Norberto. "O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito". Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. Editora Cone, 1996.

COELHO. Marcos Vinícius Furtado. Art. 85 do CPC - Fixação dos honorários sucumbenciais. CPC Marcado. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCMarcado/128,MI293782,101048-Art + 85 + do+CPC+Fixacao+dos+honorarios+sucumbenciais>> Acesso em: 24 de julho 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de julho 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 23 de julho 2019.

DELLORE. Luiz. Teoria Geral do Processo; comentários ao CPC de 2015: parte geral, São Paulo: Forense, 2015.

FRANÇA, R. Limongi "Hermenêutica Jurídica". 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Processual Civil. Enunciado nº 6. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1049>> Acesso em: 24 de julho 2019.

OAB/SP – SUBSEÇÃO JABAQUARA - Disponível em:<
<http://www.oabsp.org.br/subs/jabaquara/noticias/honorarios-nao-sao-gorjeta.>>
Acesso em: 23 de julho 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1746072/PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/03/2019. Disponível em:<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cc5f52c98723a2349c97bfe4c00fd799?categoria=10&subcategoria=84.>> Acesso em: 23 de julho 2019.

TJSP. Apelação n. 1042885-47.2016.8.26.0100. Rel. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado. j. 06/10/2017

TJSP. Apelação n. 1131155-47.2016.8.26.0100. Relator: Álvaro Torres Júnior. 20ª Câmara de Direito Privado, j. 13/08/2018

TJSP. Embargos de Declaração n. 2147665-93.2017.8.26.0000. Relator: Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13/08/2018

TJSP. Apelação n. 0900626-14.2012.8.26.0506. Relator: Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, j.10/08/2018

NOTAS:

^[1] Hermenêutica Jurídica”. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p.22.

^[2] BOBBIO, Norberto. “O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito”. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. Editora Cone, 1996. Pág. 213.

^[3] BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de julho 2019.

^[4] Marcos Vinícius Furtado Coelho. Art. 85 do CPC - Fixação dos honorários sucumbenciais. CPC Marcado. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br / CPC Marcado / 128,MI293782,101048-Art + 85 + do+CPC+Fixacao+dos+honorarios+sucumbenciais>> Acesso em: 24 de julho 2019. Membro da comissão que elaborou o projeto do atual CPC.

^[5] BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 23 de julho 2019.

^[6] Luiz Dellore *in* Teoria Geral do Processo; comentários ao CPC de 2015: parte geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 297.

^[7] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Processual Civil. Enunciado n° 6. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1049>> Acesso em: 24 de julho 2019.

^[8] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1746072/PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/03/2019. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cc5f52c98723a2349c97bfe4c00fd799?categoria=10&subcategoria=84>> Acesso em: 23 de julho 2019.

^[9] TJSP, Apelação 1131155-47.2016.8.26.0100, Rel. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 13/08/2018

^[10] TJSP, Embargos de Declaração n. 2147665-93.2017.8.26.0000, Rel. Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13/08/2018

^[11] TJSP, Apelação n. 0900626-14.2012.8.26.0506, Rel. Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, j.10/08/2018

^[12] TJSP, Apelação n. 1042885-47.2016.8.26.0100, Rel. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 06/10/2017

REFLEXÕES EM TORNO DA NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR MIGRANTE

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região -- AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

RODOLFO PAMPLONA FILHO^[1]

(Coautor)

“Um ser humano tem o direito de viver com dignidade, igualdade e segurança. Não pode haver segurança sem uma paz verdadeira, e a paz precisa ser construída sobre a base firme dos direitos humanos” (Sergio Vieira de Mello)

RESUMO: O presente trabalho destina-se à análise dos aspectos essenciais da disciplina protetiva do trabalhador migrante em âmbito internacional.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Acesso ao trabalho e dignidade humana. 3 A proteção jurídica do trabalho do migrante. 4 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico conferido a trabalhadores migrantes pode ser visualizado como uma das questões mais complexas e controversas da contemporaneidade.

O tema envolve reflexões a respeito dos direitos humanos, da soberania dos Estados (e de seus atuais limites jurídicos), da odiosa prática de discriminação em razão de origem nacional (atrelada às figuras do racismo e da xenofobia), além dos desafiadores problemas atinentes ao controle de fronteiras. Os frequentes casos de tráfico de pessoas e a constatação de que um número expressivo de deslocamentos internacionais é motivado por um quadro de absoluta miséria no local de origem revelam que a questão das migrações laborais está intimamente relacionada a alguns dos mais graves problemas em matéria de direitos humanos.

O presente texto propõe-se a expor alguns dos mais relevantes aspectos a respeito do marco internacional de proteção dos trabalhadores migrantes. As reflexões serão conduzidas a partir de duas linhas argumentativas: a percepção de que o acesso ao trabalho é um valor em si e é diretamente vinculado à concretização da dignidade humana e a apresentação do arcabouço normativo direcionado à proteção dos migrantes em matéria de trabalho e sua imbricação com a questão da soberania dos Estados.

É o que será realizado a seguir.

2 ACESSO AO TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA

A sabedoria popular ensina que o trabalho dignifica o ser humano.

Em termos jurídicos, a máxima revela-se totalmente acertada, o que não é surpreendente, já que, apesar das questões técnicas específicas, o Direito pode ser visualizado, numa perspectiva ampla, como o conjunto de regras e princípios que concretizam os ideais de justiça e de vida boa de uma sociedade, em dado momento histórico.

Caminhando ao encontro dessa ideia, a Organização Internacional do Trabalho sustenta que a todo aquele cuja sobrevivência depende da oferta de sua energia no mercado deve ser assegurado um trabalho em condições dignas, isto é, um trabalho decente.

A noção de trabalho decente propugnada pela Organização envolve^[2]:

a) a promoção do emprego produtivo e de qualidade, que permita ao obreiro sua própria realização pessoal e a participação para a concretização bem-estar coletivo;

b) a ampliação das medidas de proteção social;

c) o incentivo ao diálogo social;

d) o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, consagrados na Declaração de 1998 e nas Convenções 29 e 105 (abolição do trabalho escravo), 138 e 182 (proibição do trabalho infantil), 100 e 111 (proibição à discriminação no emprego) e 87 e 98 (liberdade sindical e negociação coletiva).

Em outras palavras: o trabalho deve ser um meio para a realização do indivíduo, para o desenvolvimento de suas potencialidades, para o fortalecimento de suas relações sociais, para a contribuição para o desenvolvimento socioeconômico da nação e para a obtenção dos resultados financeiros pretendidos pelo seu empregador, bem como para a participação em um esforço coletivo de proteção do meio ambiente, especialmente daquele em que o labor é executado. Presentes essas condições, pode-se falar de trabalho decente, produtivo, sustentável e de qualidade.

Não restam dúvidas de que o trabalho é — e deve ser reconhecido como — um dos mais relevantes veículos para a plena realização do ser humano, não um instrumento para a violação de sua dignidade.

Essa percepção da centralidade do trabalho para o amplo desenvolvimento das potencialidades e concretização do bem-estar dos indivíduos é reforçada ao constatar-se que as mais prestigiadas visões, filosóficas e jurídicas, em torno do conteúdo mínimo da dignidade humana envolvem elementos cuja materialização é particularmente evidente no campo das relações sociais de trabalho: a) a autonomia do ser humano em suas escolhas, a livre determinação dos caminhos mediante os quais o sujeito realizará seu ideal de vida boa, respeitadas, obviamente, as diretrizes necessárias à convivência social; b) a garantia de um conjunto de direitos materiais

mínimos que viabilizem o efetivo exercício dessa autonomia mencionada; c) vedação a condutas que importem em degradação, humilhação ou rebaixamento da pessoa humana.

Precisamente por isso, a garantia de proteção jurídica ao trabalho do migrante (inclusive sob a perspectiva de acesso a postos de trabalho) é, para além de uma questão de postura política dos Estados, um imperativo de tutela dos direitos humanos. É sob essa perspectiva que o próximo tópico será desenvolvido.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO DO MIGRANTE

Em qualquer discussão a respeito tratamento jurídico conferido aos migrantes no âmbito de qualquer dos ramos do Direito, o primeiro ponto que deve ser destacado e reafirmado é que o sistema global (Carta Internacional dos Direitos Humanos) não condiciona a titularidade de direitos humanos à nacionalidade das pessoas, conforme pode ser observado, por exemplo, no art. 1º^[3] da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O segundo aspecto a ser sublinhado diz respeito especificamente aos trabalhadores em situação migratória, os quais, por força de diversos documentos internacionais, não podem ser privados de seus direitos humanos, inclusive do acesso ao trabalho, seja por este constituir-se em um valor em si, conforme exposto no tópico anterior, seja pelo fato de que, em um regime de economia de mercado, ele é o meio por excelência para obtenção dos bens em geral e, por consequência, para a sobrevivência do indivíduo e de sua família. É dizer: a situação migratória, por si só, jamais poderá ser utilizada como justificativa para o oferecimento de proteção jurídico-trabalhista ao estrangeiro menos favorável (e, portanto discriminatória) do que a conferida aos nacionais.

Essa conclusão pode ser extraída da leitura conjugada de diversos diplomas concebidos por um dos entes internacionais com atuação mais relevantes em matéria de proteção dos direitos humanos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a saber: as Convenções n.º 19, art. 1º^[4], n.º 97, arts. 6º^[5] e 11^[6], n.º

117, arts. 3º (item 2^[7]) e 6º^[8], n.º 143, art. 9º^[9], o Marco Multilateral da OIT para Migrações Laborais (2005), o Protocolo à Convenção n.º 29 (2014), art. 2º^[10], e a Recomendação n.º 203, art. 4º^[11].

No mesmo sentido é a previsão contida no art. 7º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias:

Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição económica, património, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação.

Estabelecidas essas premissas, é importante avançar para uma temática que diz respeito, a um só tempo, à concretização dos direitos mencionados e à soberania das nações.

É certo que a observância espontânea e integral pelos Estados nacionais dos parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos é um cenário distante da realidade atual.

Não obstante — e sem deixar de lado as relevantes considerações relativas ao respeito às peculiaridades culturais locais como direito dos povos —, é papel de todos os envolvidos com o sistema de justiça reafirmar que a simples circunstância de um Estado não haver formalmente subscrito um documento internacional de direitos humanos não pode ser invocada para, desacompanhada de elementos concretos e racionalmente justificáveis, que sejam ignoradas quaisquer orientações emanadas de tais diplomas.

Isso porque os direitos humanos constituem-se em posições jurídicas dotadas de *jus cogens* internacional, dado reconhecido em documentos

amplamente reconhecidos pelas comunidades jurídicas como basilares para a construção dos parâmetros normativos que norteiam as sociedades contemporâneas, a exemplo da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), em seu art. 5º^[12] e da Convenção de Viena de 1969, em seu art. 53^[13].

Trata-se, em verdade, de levar a sério a lição filosófica decisiva para a construção dos pilares da comunidade internacional a partir de meados do século XX: a de que os direitos reconhecidos em dado momento histórico como essenciais à concretização da dignidade das pessoas não podem ser negados, de maneira discriminatória e injustificada, a dado grupo de indivíduos.

4 CONCLUSÕES

Não há dúvidas em relação à dimensão e à complexidade dos desafios práticos relacionados à dinâmica dos movimentos migratórios atuais, especialmente no tocante ao acolhimento dos estrangeiros e à garantia de uma estrutura social capaz de atender as necessidades dos nacionais e daqueles.

Não obstante, não se pode perder de vista que o trabalho é elemento essencial para a viabilização de uma vida digna aos migrantes e às suas famílias. Alijá-los do acesso ao labor em condições de igualdade jurídica com os trabalhadores em geral é, em última análise, atentar contra sua dignidade e negligenciar os parâmetros normativos já reconhecidos pela comunidade internacional.

NOTAS:

^[11] Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região; Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS; Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP; Mestre em Direito Social pela *Universidad de Castilla-La Mancha*; Membro e ex-Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

^[12] Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, de 2008.

^[3] Artigo 1.º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

^[4] Art. 1º, 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção comprometem-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado a dita convenção, que forem vítimas de acidentes de trabalhos ocorridos em seu território ou em território sob sua dependência, o mesmo tratamento assegurado aos seus próprios acidentados em matéria de indenização por acidentes de trabalho. 2. Esta igualdade de tratamento será assegurada aos trabalhadores estrangeiros e a seus dependentes sem nenhuma condição de residência. Entretanto, no que concerne aos pagamentos que um Membro ou seus nacionais teriam que fazer fora do território do citado Membro em virtude desse princípio, as disposições a tomar serão reguladas, se for necessário, por convenções particulares entre os Membros interessados.

^[5] Art. 6º, 1. Todo Membro para o qual se ache em vigor a presente convenção se obriga a aplicar aos imigrantes que se encontrem legalmente em seu território, sem discriminação de nacionalidade, raça, religião ou sexo, um tratamento que não seja inferior ao aplicado a seus próprios nacionais com relação aos seguintes assuntos: (...).

^[6] Art. 11, 1. Para os efeitos da presente Convenção, a expressão 'trabalhador migrante' designa toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante. 2. A presente convenção se aplica: a) aos trabalhadores fronteiriços; b) à entrada por um curto período, de pessoas que exerçam profissão liberal e de artistas; c) aos marítimos.

^[7] Art. 3º, 1. Todas as medidas práticas e possíveis deverão ser tomadas, no planejamento do desenvolvimento econômico, a fim de harmonizar tal desenvolvimento a uma evolução sadia das comunidades interessadas. 2. Em particular, dever-se-ão empreender esforços para evitar a ruptura da vida familiar e das unidades sociais tradicionais, especialmente mediante: a) o estudo atento das causas e dos efeitos dos movimentos migratórios e a adoção de medidas adequadas quando necessário;

^[8] Art. 6º Quando as circunstâncias de emprego dos trabalhadores exigirem que os mesmos residam fora de seus lares, as condições de tais empregos deverão levar em conta as necessidades familiares normais dos trabalhadores.

^[9] Art. 9º, 1 - Sem prejuízo das medidas destinadas a controlar os movimentos migratórios com fins de emprego garantindo que os trabalhadores migrantes entram no território nacional e aí são empregados em conformidade com a legislação aplicável, o trabalhador migrante, nos casos em que a legislação não tenha sido respeitada e nos quais a sua situação não possa ser regularizada, deverá beneficiar pessoalmente, assim como a sua família, de tratamento igual no que diz

respeito aos direitos decorrentes de empregos anteriores em relação à remuneração, à segurança social e a outras vantagens. 2 - Em caso de contestação dos direitos previstos no parágrafo anterior, o trabalhador deverá ter a possibilidade de fazer valer os seus direitos perante um organismo competente, quer pessoalmente, quer através dos seus representantes. 3 - Em caso de expulsão do trabalhador ou da sua família, estes não deverão custeá-la. 4 - Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá os Estados Membros de conceder às pessoas que residem ou trabalham ilegalmente no país o direito de nele permanecerem e serem legalmente empregadas.

^[10] Art. 2º As medidas a serem adotadas para a prevenção do trabalho forçado ou obrigatório deverão incluir: (...)d) proteger pessoas, especialmente trabalhadores migrantes, de possíveis práticas abusivas e fraudulentas durante o processo de recrutamento e colocação;

^[11] 4. Levando em consideração as circunstâncias nacionais, os deveriam adotar as medidas preventivas mais eficazes, tais como: g) orientações e informações para migrantes, antes da partida e na sua chegada, com o objetivo de que estejam melhor preparados para trabalhar e viver no exterior e para promover a conscientização e um melhor entendimento sobre o tráfico para situações de trabalho forçado; h) políticas coerentes, tais como emprego e políticas de migração para o trabalho, que levem em consideração os riscos enfrentados por grupos específicos de migrantes, incluindo aqueles em uma situação irregular, e tratar de circunstâncias que poderiam resultar em situações de trabalho forçado;

^[12] Art. 5º Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

^[13] Art. 53 É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

O DIREITO À IMAGEM

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma discussão sobre o direito à imagem, consagrado e protegido pela Constituição Federal da República de 1988 e pelo Código Civil Nacional de 2002.

Palavras-chave: Direito à imagem. Dano moral. Reparação.

Abstract: This article has the objective of succinctly to make a discussion about the right to the image, consecrated and protected by the Federal Constitution of the Republic of 1988 and by the National Civil Code of 2002.

Keywords: Right to image. Moral damage. Repair.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O direito de imagem, consagrado e protegido pela Constituição Federal da República de 1988 e pelo Código Civil Nacional de 2002 como um direito de personalidade autônomo, se trata da projeção da personalidade física da pessoa, incluindo os traços fisionômicos, o corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.

É um dos direitos da personalidade dos quais todos os seres humanos gozam, facultando-lhes o controle do uso de sua imagem, seja a representação fiel de seus aspectos físicos (fotografia, retratos, pinturas, gravuras etc.), como o usufruto representação de sua aparência individual e distinguível, concreta ou abstrata.

O direito de imagem é o direito assegurado a toda pessoa de ter sua imagem resguardada para que se preserve a respeitabilidade e boa-fama, atrelando-se a questões como a honra do sujeito.

Sobre o direito de imagem, a Constituição prevê que é crime e o código civil afirma que cabe indenização a exposição indevida, ou seja, sem autorização da pessoa. Para isto não necessita a imagem violar a intimidade ou honra da pessoa, bastando que seja publicada sem autorização.

Os direitos da personalidade são normalmente definidos como o direito irrenunciável e intransmissível que todo indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

2 Desenvolvimento

O Direito de imagem pode ser encontrado no Ordenamento jurídico nas seguintes fontes:

Constituição Federal de 1988, Artigo 5º:

“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:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

Código Civil de 2002:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”.

E com a dinamicidade dos fatos sociais, a cada dia existem novas formas de ataque e violação da imagem dos cidadãos. Principalmente, a vinculação da imagem de terceiros a conotações sexuais e constrangedoras. Por esse motivo, deve-se ter cada vez mais cuidado com o que se compartilha nas redes sociais, a liberdade de expressão tem limite e alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já expressaram seu entendimento quanto a questões do gênero.

Ou seja, até mesmo o conteúdo exposto no grupo de amigos do WhatsApp sem o consentimento do fotografado pode gerar demandas judiciais. Como ocorreu no caso de uma mulher que teve sua imagem publicada de costas na fila de um banco, sem o seu consentimento, em um grupo composto apenas por integrantes do sexo masculino.

A autora do caso afirmou que teve sua imagem como alvo de comentários depreciativos de conotação sexual, e conseqüentemente a coisificação de sua forma feminina. Sua foto foi divulgada em grupo cujo título era: “Você tá cabeluda”, integrado somente por homens.

O entendimento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sentenciou o réu a pagar R\$ 2 mil reais de danos morais à autora do processo. O relator do caso Eugênio Facchini Neto colocou no acórdão:

“Daí ser irrelevante a finalidade para a qual foi utilizada a imagem da autora e o teor do conteúdo que a ela foi associado, ou se houve comentários a respeito dela. Mas o envio da fotografia para um grupo masculino evidencia a conotação sexista. Viola direito e causa dano, tanto que a autora ajuizou a presente demanda, demonstrando ter ficado incomodada com a situação”, “Não havia fato relevante a ser noticiado ou compartilhado pelo réu com os demais integrantes do grupo por meio da fotografia que exibia, em destaque, a imagem da autora — aliás, mesmo a autora aparecendo de costas, foi identificada, tanto que pouco tempo depois ela ajuizou a presente demanda”, Colocou Eugênio Facchini Neto.

Quando se trata de um famoso, político ou pessoa notória a imagem pode ser usada de modo que não ofenda e não use de modo errado (zoação, em site de prostituição e etc). Já quando se trata da imagem de uma pessoa comum direito à imagem, como atributo irrenunciável da personalidade, não se confunde com o do direito autoral do fotógrafo ou do criador intelectual da representação da imagem (concreta ou abstrata) de um indivíduo. Portanto, o direito do criador da imagem diz respeito à autoria, já o direito do retratado encontra-se no uso de sua imagem, sendo dois direitos distintos, exercidos por pessoas distintas e com existência jurídica distinta.

O uso da imagem de um indivíduo ocorre, basicamente, de uma maneira, sendo ela autorizada, em hipótese nenhuma sem autorização. O uso consentido pode se dar em três modalidades:

- mediante pagamento e com consentimento tácito, sendo permitido a gratuidade com consentimento tácito;
- mediante pagamento e com consentimento expresso, sendo permitido a gratuidade com consentimento expresso;
- paga mediante consentimento condicionado à gratificação financeira.

A primeira modalidade de uso (paga ou gratuita com consentimento tácito) ocorre quando a imagem é utilizada por veículos de informação (periódicos, emissoras de televisão, livros) e representa personalidades públicas ou notórias (e pessoas que estejam por sua livre vontade próxima a elas, quando o consentimento é presumido).

Sendo assim, o uso da imagem, mesmo quando se trata de personagem notória, para fins publicitários (com finalidade eminentemente econômica) não pode gozar da exceção ao exercício do direito de imagem, diferentemente do uso meramente informativo.

A segunda e a terceira modalidades dão-se mediante autorização pessoal do retratado, a única característica que as diferencia é a troca financeira.

O uso não autorizado configura-se basicamente em duas modalidades: o uso contra a vontade do retratado e o uso contra a vontade para motivo torpe. Ambas as modalidades sofrem sanções penais, sendo a segunda naturalmente mais grave que a primeira.

Dispõe sobre o direito à imagem o art. 20 do vigente Código Civil:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nota-se a preocupação do estatuto civil com a divulgação da imagem com relação a danos à honra ou ao destino comercial. Entretanto, não pode deixar de ser levado em conta o agente que se recuse a divulgar sua imagem sob qualquer fundamento, respeitado sempre o interesse público nessa divulgação. Por exemplo,

o uso de imagem não-autorizada numa campanha em prol de organização não-governamental de combate ao câncer não atinge a respeitabilidade do sujeito, tampouco se destina a fins comerciais, mas ainda é passível de proibição.

Também deve ser observado que antes mesmo da divulgação ocorre a captação, que por si própria pode não ser do interesse do agente e, nesse prisma, configurar ato ilícito, embora não mencionada no artigo. Quando contextualizada e ocorrida em local público, a captação não necessita ser autorizada; difere esta de uma que foque no indivíduo, especificamente, ou em ambiente particular. É a distinção entre a imagem de uma praia, televisionada no Jornal Nacional, e a de uma banhista em destaque. O mesmo se aplica à palavra, como num discurso na Praça da Sé, que pode ser livremente gravado e reproduzido por ocorrer em local público.

Exceções ao Direito à Imagem

São exceções ao direito à imagem, como citado no artigo acima, as divulgações necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. Não pode insurgir-se contra sua divulgação o indivíduo condenado criminalmente ou pernicioso à sociedade, como os inseridos em cartazes de “procurado” ou programas televisivos.

Tendo dito isto, a manutenção da ordem pública é um conceito jurídico indeterminado, de interpretação vaga, e, portanto sujeito a abusos de jurisprudência.

Indenização e Dano Moral no Direito à Imagem

Para fins de indenização, deve ser avaliado se a divulgação atingiu a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa envolvida, e se a finalidade foi econômica ou comercial.

Se a manifestação teve finalidades comerciais, aflora diretamente o dever de indenizar. Toca nisto a súmula 403 do STJ, segundo a qual “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” Isto é; independe de prova de prejuízo ou dano, dado que a reparação decorre do próprio uso indevido da imagem para fins comerciais, e não de suas consequências, se ofensivas ou pecuniárias.

Para finalidades de caráter não comercial, como a informativa, pondera-se a proteção da imagem com outros interesses constitucionalmente tutelados, como o amplo acesso à informação e a liberdade de imprensa. Deve-se equilibrar o direito à própria imagem e o interesse público nesta divulgação. Segundo expostos no enunciado 279 levam-se em conta nesta colisão a notoriedade do retratado, a veracidade dos fatos e a caracterização da divulgação. Já existe decisão unânime do STF, por exemplo, julgando inexigível a autorização de pessoas biografadas em relação a estas biografias.

Diferenciação entre o Direito à Imagem e o Direito à Honra

É comum que um mesmo ato cause lesão ao direito à imagem, à honra e à vida privada simultaneamente, devido à similaridade de seus conceitos, principalmente no da imagem, notável por sua elasticidade. Cabe aqui, portanto, diferenciar o direito à imagem de outros direitos da personalidade, principalmente o da honra.

Pelo exemplo de ARAÚJO, imagina-se um ateu radical que tenha sua imagem associada à ideia de dedicação a determinada religião. Não se encontra aí violação à honra, mas sim à sua identidade pessoal relativa, de imagem-atributo, para a qual a associação religiosa é danosa num cunho moral.

Também há distinções quanto ao da privacidade, que opera em comunicações particulares. Pode o direito à imagem ser violado em espaços

públicos, de acordo com o teor da captação e intenção de divulgação, sem que se diga que houve violação da privacidade.

Considerações sobre o Direito à Imagem

O direito à imagem se refere tanto à expressão física do indivíduo, de aparência e voz, quanto à sua identidade pessoal, de características e escritos. Trata-se da projeção da personalidade perante a sociedade. Enquanto que o direito se confunde com à honra e o autoral, entre outros, observa-se que sua violação não requer ofensa ou reprodução de conteúdo protegido, bastando o uso indevido de imagem para justificar ação.

Caracteriza-se a violação ao direito à imagem pelo teor da captação, sendo esta contextualizada ou específica, e em ambiente público ou privado, e pela utilização, seja informativa, biográfica ou comercial, com a última acarretando diretamente a indenização por danos morais.

Crime informático. Crime informático, crime cibernético, e-crime, cibercrime (em inglês, cybercrime), crime eletrônico ou crime digital são termos aplicáveis a toda a atividade criminosa em que se utiliza um computador ou uma rede de computadores como instrumento ou base de ataque.

O crime virtual engloba todas as atividades criminosas realizadas por meio de computadores ou da internet. Podem ser empregados diversos métodos e ferramentas, tais como phishing, vírus, spyware, ransomware e engenharia social, geralmente com o objetivo de roubar dados pessoais ou praticar fraudes.

Os crimes praticados em redes sociais mais comuns são:

- Roubo de informações pessoais (privadas);
- Falsidade Ideológica;
- Crimes Contra a Honra das pessoas como: Calúnia, Injúria e Difamação;

- Ameaças de todos os tipos;
- Racismo (e outras formas de preconceito);
- Diversos outros.

A Lei 12.737/2012 surgiu a partir do projeto de Lei nº 2.793/2011, que foi aprovado após o caso da atriz Carolina Dieckman, que teve seus dados acessados por crackers que, através de um e-mail infectado que atriz teria dado um click, acessaram seu computador pessoal, obtendo fotos íntimas da atriz, inclusive nua, e fotos familiares com o filho de apenas quatro anos de idade. Inicialmente cogitou-se a hipótese de a invasão ter sido feita na loja em que Carolina teria consertado o computador meses antes.

Logo depois, ficou comprovado que, de fato, foram hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo que praticaram o delito. A atriz foi chantageada pelos criminosos que exigiram o pagamento de R\$ 10 mil para que as fotos não fossem divulgadas nas mídias sociais (MENDES, 2012).

Carolina registrou o boletim de ocorrência, quando foram iniciadas as investigações sobre o caso, três dias após a publicação das imagens a fim de evitar mais exposições. Como o Brasil não tinha uma lei específica para crimes de informática, os envolvidos foram indiciados por furto, extorsão qualificada e difamação, todos do Código Penal Brasileiro.

O direito à imagem possui forte penetração no cotidiano graças, principalmente, à mídia. O crescente aperfeiçoamento dos meios de comunicação e a associação cada vez mais freqüente da imagem de pessoas para fins publicitários são alguns dos responsáveis pela enxurrada de exploração da imagem e de muitas ações judiciais devido ao seu uso incorreto.

Preocupado com a demanda de recursos nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, em outubro de 2009, uma súmula que trata da indenização

pela publicação não autorizada da imagem de alguém. De número 403, a súmula tem a seguinte redação: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Um dos precedentes utilizados para embasar a redação da súmula foi o Recurso Especial 270.730, no qual a atriz Maitê Proença pede indenização por dano moral do jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída do ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996.

A Terceira Turma do STJ, ao garantir a indenização à atriz, afirmou que Maitê Proença foi violentada em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a um determinado nível de publicação e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem.

Os ministros da Turma, por maioria, afirmaram que ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, decepção, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade.

Em caso semelhante, a Quarta Turma condenou o Grupo de Comunicação Três S/A ao pagamento de R\$ 30 mil à atriz Danielle Winits pelo uso sem autorização de sua imagem na Revista Istoé, em sua edição de janeiro de 2002. No recurso (Resp 1.200.482), a atriz informou que fotos suas, sem roupa, foram capturadas de imagem televisiva “congelada” e utilizadas para ilustrar crítica da revista à minissérie “Quintos dos Infernos”, em que atuava.

Para o relator, ministro Luis Felipe Salomão, a publicação, sem autorização, causou ofensa à honra subjetiva da autora. “As imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um

contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, pela sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado”, afirmou.

Mas não são só as pessoas públicas que estão sujeitas ao uso indevido de sua imagem. Em outubro de 2009, a Terceira Turma do STJ decidiu que a Editora Abril deveria indenizar por danos morais uma dentista que apareceu em matéria da revista Playboy. A mulher não autorizou que uma foto sua ilustrasse a matéria “Ranking Playboy Qualidade – As 10 melhores cidades brasileiras para a população masculina heterossexual viver, beber e transar” (Resp 1.024.276).

A matéria descrevia as cidades brasileiras e era ilustrada com fotos de mulheres tiradas em praias, boates, etc. No caso, a dentista foi fotografada em uma praia de Natal (RN), em trajes de banho. A ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, ao manter a indenização em 100 salários mínimos, reconheceu que a foto seria de tamanho mínimo, que não haveria a citação de nomes e que não poria a dentista em situação vexatória. “Por outro lado, a reportagem traz expressões injuriosas. A existência de ofensa é inegável, mesmo se levado em consideração o tom jocoso da reportagem”, adicionou.

Uso comercial

O STJ já decidiu, também, que a simples veiculação de fotografia para divulgação, feitas no local de trabalho, não gera, por si só, o dever de indenizar o fotografado, mesmo sem prévia autorização.

No caso (Resp 803.129), a Universidade do Vale do Rio dos Sinos contratou profissional em fotografia para a elaboração de panfletos e cartazes. O objetivo era divulgar o atendimento aos alunos e ao público freqüentador da área esportiva.

Além das instalações, as fotos mostravam o antigo técnico responsável pelo departamento no cumprimento de suas funções.

O técnico entrou com pedido de indenização pelo uso indevido de sua imagem. Ao analisar o recurso da universidade, o ministro João Otávio de Noronha entendeu que as fotos serviram apenas para a divulgação dos jogos universitários realizados no local onde o técnico trabalhava. “Nesse contexto, constato que não houve dano algum à integridade física ou moral, pois a Universidade não utilizou a imagem do técnico em situação vexatória, nem tampouco para fins econômicos. Desse modo, não há porque falar no dever de indenizar”, explicou o ministro.

Em outra situação, a Terceira Turma do STJ manteve decisão que condenou a gravadora EMI Music Brasil Ltda., em R\$ 35 mil por danos morais, por uso desautorizado de uma fotografia do concurso “Miss Senhorita Rio”, de 1969, na capa de um CD relançado em 2002 (Resp 1.014.624).

Para o relator, desembargador convocado Vasco Della Giustina, a gravadora não conseguiu comprovar a existência de autorização para o uso da imagem tanto na primeira publicação quanto na reedição da obra. Dessa forma, afirmou que não há como presumir, mesmo depois de quase 40 anos, a autorização para o uso da foto.

Erick Leitão da Boa Morte também conseguiu ser indenizado pelo uso indevido de sua imagem. A Quarta Turma do tribunal fixou em R\$ 10 mil o valor que a Infoglobo Comunicações Ltda. deve pagar a ele. Erick ajuizou ação de “indenização por ‘inconsentido’ uso de imagem” contra o jornal O Globo, Editora Nova Cultural Ltda. e Folha de S. Paulo, sustentando que, em meados de 1988, quando era menor de idade, sua imagem foi utilizada, sem autorização, em campanha publicitária promovida pelo O Globo para a venda de fascículos da “Enciclopédia Larousse Cultural”.

Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão destacou que, como se trata de uma pessoa comum, sem notoriedade, a vinculação de sua imagem ao produto anunciado não representou qualquer elevação nas vendas. Entretanto, reconheceu o uso indevido da imagem de Erick pela Infoglobo, com intuito “comercial”, e fixou a indenização em R\$ 10 mil (REsp 1.208.612).

Impacto da internet

O tratamento jurídico das questões que envolvem a internet e o ciberespaço se tornou um desafio dos tempos modernos, uma vez que os progressivos avanços tecnológicos têm levado à flexibilização e à alteração de alguns conceitos jurídicos até então sedimentados, como liberdade, espaço territorial, tempo, entre outros. O direito à imagem se encaixa neste contexto, pois traz à tona a controvertida situação do impacto da internet sobre os direitos e as relações jurídico-sociais em um ambiente desprovido de regulamentação estatal.

Em maio do ano passado, a Quarta Turma do STJ definiu que a justiça brasileira pode ser acionada em caso de violação no exterior ao direito de imagem, constatada pela internet, sendo que o contrato entre as partes fixava a Espanha como foro e envolvia uma cidadã que vive no Brasil.

Para o relator do caso (Resp 1.168.547), ministro Luis Felipe Salomão, a demanda pode ser proposta no local onde ocorreu o fato, “ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão”.

O ministro lembrou que a internet pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação, mas não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nos limites geográficos. Assim, “para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio,

a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio” arrematou Salomão.

Em outro julgamento (Resp 1.021.987), o mesmo colegiado determinou ao site Yahoo! Brasil que retirasse da rede página com conteúdo inverídico sobre uma mulher que ofereceria programas sexuais, além de fotos pornográficas a ela atribuídas. Para os ministros, mesmo diante da afirmação de que a Yahoo! Brasil é sócia da Yahoo! Inc., o consumidor não distingue com clareza as divisas entre a empresa americana e sua correspondente nacional.

Promoção da mídia

Nem sempre “o fim justifica os meios”. A Terceira Turma do STJ manteve decisão que condenou a Editora Globo S/A ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5 mil ao ator Marcos Fábio Prudente, conhecido como Marcos Pasquim, por danos morais decorrentes da publicação de uma foto dele beijando uma mulher desconhecida, fato que teria provocado consequências para sua família e abalado o seu casamento. A foto foi utilizada pela revista Quem Acontece.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, relatora, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de entender que pessoas públicas ou notórias têm seu direito de imagem mais restrito que pessoas que não ostentem tal característica. “Neste caso, está caracterizado o abuso no uso da reportagem. Se fosse apenas um texto jornalístico relatando o fato verdadeiro ocorrido, desacompanhado de fotografia, desapareceria completamente o abuso de imagem, mas não se pode ignorar que a imagem foi feita com o propósito de incrementar a venda da revista”, afirmou. (Resp 1.082.878).

Um erro na publicação de coluna social também gera indenização. O entendimento é da Quarta Turma, ao condenar a empresa jornalística Tribuna do Norte ao pagamento de R\$ 30 mil por ter publicado fotografia de uma mulher ao

lado de seu ex-namorado com a notícia de que ela se casaria naquele dia, quando, na verdade, o homem da foto se casaria com outra mulher (Resp 1.053.534).

Para o colegiado, é evidente que o público frequentador da coluna social sabia se tratar de um engano, mas isso não a livrou de insinuações, principalmente porque o pedido de desculpas foi dirigido à família do noivo e não a ela. “De todo modo, o mal já estava feito e, quando do nada, a ação jornalística, se não foi proposital, está contaminada pela omissão e pela negligência, trazendo a obrigação de indenizar”, afirmou o ministro Fernando Gonçalves, atualmente aposentado.

Outros casos

Para o ministro Luis Felipe Salomão, pode-se compreender imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo (exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social). Assim, certamente, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra e a intimidade das pessoas continuam a merecer a tutela da lei.

“Essa proteção é feita em benefício dos parentes dos mortos, para se evitar os danos reflexos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes”, afirmou o ministro.

Esse foi o entendimento aplicado pela Quarta Turma para restabelecer sentença que condenou o Jornal CINFORM – Central de Informações Comerciais Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7 mil a uma viúva que teve exposta foto de seu marido morto e ensanguentado após um acidente de trânsito (Resp 1.005.278).

Para os ministros do colegiado, em se tratando de pessoa morta, os herdeiros indicados e o cônjuge sobrevivente são legitimados para buscar o ressarcimento decorrente de lesão. “Desta forma, inexistindo autorização dos familiares para a publicação de imagem-retrato de parente falecido, certa é a violação ao direito de personalidade do morto, gerando reparação civil”, decidiram.

Denúncia

Em outro julgamento realizado no STJ, a Sexta Turma concedeu habeas corpus para excluir da denúncia a parte em que o Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) fez constar a fotografia do acusado. Os ministros consideraram que a inserção da fotografia de um acusado como elemento identificador da peça acusatória viola o direito de imagem e também “o princípio matriz de toda ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana” (HC 88.448).

No caso, a Defensoria Pública, em seu recurso, afirmou que só é possível por imagem na ação penal se não houver identificação civil ou por negativa do denunciado em fornecer documentação pessoal.

O relator do caso, ministro Og Fernandes, concluiu que a matéria não fere o direito de locomoção do acusado. No entanto, considerou que é desnecessária a digitalização da foto na denúncia, ainda mais quando o acusado já se encontra devidamente identificado nos autos.

Não cabe ao juiz substituir o jornalista e decidir se a publicação de uma foto em reportagem é necessária ou não. Esse foi o entendimento que prevaleceu na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao negar pedido de indenização contra um jornal pelo uso da fotografia de um cadáver.

O caso chegou ao Supremo após o Tribunal de Justiça de São Paulo condenar o jornal Folha de S.Paulo a pagar R\$ 60 mil de indenização a familiares de vítima de assassinato. O homem foi atingido dentro de seu carro, quando voltava

de viagem de negócios, numa troca de tiros na rodovia Anhanguera, durante assalto a carros fortes, e uma foto sua dentro do carro foi publicada no jornal, segundo a família, “sem os cuidados necessários de preservar a imagem do morto”.

Ao fixar a condenação, o TJ-SP entendeu que o direito fundamental à liberdade de informação não isenta a responsabilidade civil de órgãos de imprensa. Segundo o tribunal estadual, “era desnecessária a publicação da foto do rosto desfigurado do falecido, sem o cuidado de sombrear a imagem” — tanto que outros jornais divulgaram a notícia sem a publicação de imagens.

Em decisão monocrática, a ministra Cármen Lúcia entendeu que a decisão do TJ-SP censurou a atuação da imprensa, “substituindo-se ao jornalista e ao jornal para impor o que considera ‘desnecessário’”. Segundo a ministra, a decisão diverge da jurisprudência do STF, firmada em diversos precedentes. Assim, ela proveu o recurso e negou o pedido de indenização.

Contra a decisão monocrática, os familiares interpuseram agravo regimental, que foi analisado pela 2ª Turma. Em seu voto, a ministra Cármen manteve seu entendimento.

A relatora explicou que a decisão do tribunal paulista divergiu da jurisprudência do STF e citou nesse sentido o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, quando o Plenário, ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) pela Constituição Federal de 1998, assegurou a liberdade de informação jornalística e a proibição à censura.

Depois de pedido de vista, o ministro Gilmar Mendes divergiu da relatora. Segundo ele, a decisão do TJ-SP está de acordo com a jurisprudência do Supremo. “O acórdão recorrido não restringiu a liberdade de imprensa. Não houve nenhuma espécie de censura prévia ou proibição de circulação de informação. Houve sim

ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada como forma de posterior verificação da responsabilidade civil”, disse.

Para Gilmar, o tribunal paulista entendeu que a fotografia da vítima na cena do crime sem o devido sombreamento da imagem configuraria extrapolação da liberdade de imprensa e violação aos direitos de personalidade da vítima e de seus familiares. “O TJ-SP não negou ao veículo de comunicação a liberdade de publicação da imagem, mas retaliou a forma como ela foi usufruída, sem o cuidado de não expor excessivamente a imagem da vítima”, ponderou.

A divergência foi seguida pelo ministro Ricardo Lewandowski, para quem a publicação da foto abalou a família da vítima, que já tinha perdido um ente querido de forma violenta, provocando duplo sofrimento. Já os ministros Luiz Edson Fachin e Celso de Mello seguiram o voto da relatora, formando a maioria. Assim, o colegiado decidiu negar o pedido de indenização.

Conclusão

O direito à imagem diz respeito à prerrogativa da pessoa sobre a projeção de sua personalidade perante a sociedade. Abarca sua conformação física e moral, de palavra e escritos. Atualmente, com os avanços nos meios de comunicação, em especial a internet, tornou-se um bem jurídico facilmente violável, sendo a imagem absorvida e transmitida com extrema rapidez.

A violação ao direito à imagem pelo teor da captação, sendo esta contextualizada ou específica, e em ambiente público ou privado, e pela utilização, seja informativa, biográfica ou comercial, com a última acarretando diretamente a indenização por danos morais.

Referências

BITTAR, Carla Bianca. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito, do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil, Teoria e Prática**. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Revista Jurídica Consulex**. v.3. 1997.

MENDES(2012), Priscilla. G1 em Brasília. **Dieckmann foi chantageada em R\$ 10 mil por fotos, diz advogado**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/05/dieckmann-foi-chantageada-em-r10-mil-devido-fotos-diz-advogado.html>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

MORAES, Maria Celin Bodin de. **Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha de. **Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2007. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Editora Saraiva. 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil parte geral**. Editora Saraiva. 2003.

DISPENSA DE LICITAÇÃO COMO MECANISMO DE FRAUDE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JANAYNNA PEREIRA BRANDÃO: Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas – TO, em 2010, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UCM - Universidade Cândido Mendes –RJ (em conclusão); Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da OAB/GO; Advogada atuante no Contencioso Cível, Trabalhista e Arbitragem; Consultora Empresarial com ênfase em construtoras, incorporadoras, imobiliárias, associações civis e condomínios; Analista de contratos e transações envolvendo gestão de patrimônio e estruturação de novos projetos. OAB/TO: 6.927 | OAB/GO: 54.565

NAIMA WORM

(Orientadora)

RESUMO: Por meio de pesquisa teórica fundamentada o presente trabalho tem por objetivo estudar questões relativas ao instituto da licitação, buscando diferentes percepções sobre a modalidade de dispensa do certame, estudando os possíveis mecanismos de fraude realizados pela Administração Pública ao utilizar, ou melhor, dispensar a licitação. Pretende-se identificar as formas utilizadas pela Administração Pública má intencionada para ferir o erário público, fazendo um estudo pormenorizado das hipóteses de dispensa do artigo 24 da lei 8.666/93, analisando processos julgados pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, e observando o artigo 89 da Lei de licitações que considera crime o descumprimento das formalidades legais pertinentes a dispensa e inexigibilidade licitação.

Palavras-Chave: Licitação – Dispensa – Discricionariedade - Fraude

SUMÁRIO: 1. LICITAÇÃO. 1.1 Definição. 1.2 Natureza Jurídica. 1.3 Princípios da Licitação. 2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES. 2.1 Dever geral de licitar. 2.2 Exceções ao dever geral de licitar: licitação dispensada, dispensável e inexigível. 2.3 O crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. 3. DISPENSA. 3.1 Classificação. 3.2 Dispensa em razão do pequeno valor. 3.3 Dispensa em razão de situações excepcionais. 3.4 Dispensa em razão do objeto. 3.5 Dispensa em razão da pessoa. 4. JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DO TOCANTINS. 4.1 Estudo de caso real de Dispensa de Licitação declarada irregular pelo Tribunal de Contas. 4.2 Estudo de caso real de Dispensa de Licitação declarada regular pelo Tribunal de Contas. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No Brasil o atual sistema de Licitação surgiu pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, o termo estava incluso no artigo 22 inciso XXVII, que discorre sobre questões legisladas exclusivamente pela União, o dispositivo menciona o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, que trata da obrigação de licitar da Administração Pública. Atualmente a Lei 8.666/93 regulamenta não só o artigo 37, inciso XXI da Constituição como também todo o procedimento Licitatório da Administração Pública nólica direta, indireta, suas Autarquias, Fundações, Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas no exercício de suas funções.

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo sobre as hipóteses de contratação direta de obras, serviços e bens por parte da Administração Pública, conforme estabelecido nos artigos 17, 24, 25, 26 da Lei nº 8.666/93. A contratação direta e tema bastante discutido no Direito Administrativo, tal importância se da ao crescimento ao longo do tempo das hipóteses de dispensa de licitação, as leis anteriores ao estatuto 8.666/93 possuía menos possibilidades de afastamento do certame pelo gestor público.

As exceções a obrigatoriedade de licitar cedem discricionariedade ao administrador público para que este possa atuar com o mínimo de flexibilidade necessária no que diz respeito ao instituto da licitação, a discricionariedade tem um sentido liberal, não tem uma situação estabelecida, assim o comportamento administrativo discricionário deve acontecer sob racionalidade dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, selecionando o melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum. E a constituição que limita a discricionariedade, através dos princípios da razoabilidade, da moralidade, da legalidade e da supremacia do interesse público.

O primeiro capítulo deste trabalho constitui-se de um estudo acerca das raízes históricas da licitação e dos princípios que regula o certame. O capítulo seguinte trata do dever geral de licitar, suas exceções e o crime do artigo 89 da lei de licitações que considera crime o descumprimento das formalidades legais pertinentes as exceções a obrigatoriedade de licitar. O quarto capítulo trás um estudo pormenorizado das hipóteses de dispensa de licitação elencadas no art. 24 da lei 8.666/93, e ainda nesse capítulo reflete-se sobre a discricionariedade administrativa. No ultimo capítulo encontra-se um estudo de caso real de dispensa de licitação considerado legal e outro caso considerado ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

O objetivo principal desta monografia e fazer um estudo sobre as hipóteses de dispensa de licitação estabelecida pela legislação pátria, à dispensa de licitação acontecem quando, mesmo sendo possível a realização do certame, o seu acontecimento viria tão somente sacrificar o interesse público, por esse motivo à lei concedeu ao administrador a faculdade de dispensar, nos casos previstos em lei, a peleja licitatória.

Ocorre que muitos utilizam desse instituto para burlar os procedimentos legais, a configuração do instituto se da na análise de casos concretos, amparado

por lei, não sendo meramente um ato discricionário, e sim motivado. Entretanto não é o que se vê na prática, por diversas vezes o poder do administrador se mostra ilimitado, onde muitos se utilizam desses institutos para favorecimento próprio, usando dessa liberdade como um mecanismo para favorecer pessoas e empresas apadrinhadas nas contratações públicas. Deste modo o estudo por meio de pesquisa se propõe a focalizar possíveis mecanismos de fraude praticados pela Administração Pública ao utilizar da modalidade de Dispensa de Licitação, buscando respostas para os questionamentos existentes acerca desse tema, sem a pretensão de por fim aos questionamentos, mais contribuir para a discussão por meio de um levantamento doutrinário.

1. LICITAÇÃO

Alguns relatos históricos indicam que a Licitação surgiu na Europa Medieval, quando surgiu a necessidade de executar obras, adquirir bens ou fazer outros serviços que a administração pública não tinha condições de realizar, assim o estado distribuía avisos, marcando local, hora e data para os interessados comparecerem, dando início ao procedimento, um representante dos estados e os demais interessados se reuniam no local previsto e acendiam uma vela para dar início a ofertas de lances, oferecidos pelos participantes (licitantes), e a partir daí até que a vela apaga se por si só ou queimasse até o final venceria aquele que ofertasse o último lance de menor preço. Nesta época o foco da gestão estava no benefício econômico do clero e da nobreza, o que facilitava à corrupção e o nepotismo, em meados do século XIX a Administração Pública Burocrática surgiu para proteger o Estado desses males, no entanto com o passar do tempo constatou-se que esta Administração Burocrática retardava o processo administrativo, engessando o processo com inúmeros procedimentos para evitar a corrupção. O processo licitatório só teve uma melhora efetiva com o surgimento da Administração

gerencial, que tinha por base à necessidade do Estado em executar obras, obter bens e serviços, atrás de um processo legal.

O Decreto nº 2.926, de 1862 inseriu a licitação no direito público brasileiro, o decreto do dia quatorze de maio, veio regulamentar os serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas, no entanto o procedimento licitatório só se firmou após o decreto nº 4.536, de 28.01.22, do Código de Contabilidade da União (arts. 49-53). Desde o decreto de 1922, o procedimento licitatório veio se consolidando, sendo, por fim, sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que estabeleceu uma reforma administrativa federal, seguido da edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios. Em 1987, surge o primeiro Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, após á atualização do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360.

A Constitucionalização da Administração Pública aconteceu efetivamente na constituição 1988, onde apresentou um notável progresso na democratização da Administração Pública, a partir daí o procedimento licitatório ganhou status de princípio constitucional, tornando-se obrigatório pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com art. 37, XXI da Carta de 1988.

1.1 Definição

De acordo com os etimologistas, à palavra Licitação teve sua origem no latim "licitatio", no passado a expressão era tomada no sentido de, arrematar em leilão, vendas por lances, compra por meio de leilão, ou no sentido de avaliar, estimar. No contexto Jurídico nacional, inicialmente o termo era tido como sinônimo de "concorrência", hoje, à expressão e tratada como um procedimento administrativo

formal escolhido pela Administração Pública, que tem como escopo uma venda, uma prestação de serviço ou uma aquisição mais justa interesse público.

No Direito Administrativo à licitação representa um procedimento que visa garantir a moralidade e lisura nos atos administrativos, retirando do gestor o arbítrio na seleção de fornecedores, valorizando a livre iniciativa, através da igualdade na oportunidade de prestar serviços, comprar ou vender para o Poder Público. Valendo do conceito, em sua obra Bittencourt define licitação como sendo aquela que:

Corresponde a um processo administrativo, mediante o qual, a administração Pública decidirá qual a proposta mais vantajosa para firmar um contrato. Esse processo consiste em uma série de atos preparatórios do ato final buscado pelo ente Público. (BITTENCOURT, 2005, p. 129)

Para José Roberto Dromi citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro consiste em:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. (Dromi *apud* Zanela, 2006, p. 248)

Conhecido alguns conceitos doutrinários, buscamos outras definições nos textos legais, que disciplinam esse instituto, a norma vigente à Lei nº 8.666/93, discorre sobre o objetivo do processo licitatório, *in verbis*.

Art. 3º. A Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A própria Constituição a impõe em seu art. 37, XXI, cujos termos são os seguintes, *in verbis*:

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

A licitação consagrada à obrigação da Administração Pública, exigindo a transparência em suas ações, proporcionando às entidades governamentais a realização de negócios mais vantajosos ao interesse público.

1.2 Natureza Jurídica

O processo licitatório necessita de uma seqüência de ações da Administração e dos interessados para alcançar o objetivo desejado. Assim, a natureza jurídica da licitação é a de procedimento Administrativo que tem a finalidade de selecionar, e

um conjunto de ações e documentações que fundamentam a atuação administrativa, como às providências necessárias para a execução.

Existe um questionamento sobre a sede da natureza jurídica, estaria no Direito Administrativo, como um procedimento de ação da Administração Pública para selecionar as melhores propostas dos fornecedores ou estaria estabelecida no Financeiro como forma da legalidade das despesas pública. Opiniões fortalecem as duas correntes, vale ressaltar que a licitação está subordinada ao Direito Administrativo na fase inicial, no processo seletivo e também ao Direito Financeiro, logo em seguida, no contrato oneroso para o Erário Público seguinte.

1.3 Princípios da Licitação

Está cada vez mais crescente o sentimento de destacar a importância dos princípios para a compreensão da aplicação do direito, ainda mais levando em conta a inexistência de codificação do Direito Administrativo.

As normas estabelecem as condutas, ou seja, determina o que lhe e obrigatório ou proibido fazer, ao contrario dos princípios que possui um sentido direcionador, norteando as ações da Administração, buscando o sentido da lei, devendo servir de guia e de base para o administrador decidir e justificar suas ações.

Os princípios constitucionais fundamentais da licitação são os da legitimidade, legalidade, isonomia, moralidade e livre iniciativa. Os chamados princípios constitucionais gerais são os da impessoalidade, moralidade administrativa, da publicidade, iniciativa econômica, livre concorrência e eficiência, o ultimo foi inserido no caput do art. 37, pela Emenda constitucional nº 19/98. E os princípios setoriais da licitação estão elencados nos art. 37, inciso XXI, e 175 da Constituição onde determina a licitação para compras, obras alienações e serviços, *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:

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

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Existem ainda outros princípios do Direito Administrativo que merecem destaque como o da razoabilidade, proporcionalidade, indisponibilidade do interesse público, motivação, supremacia do interesse público sobre o interesse privado e economicidade. Os princípios infraconstitucionais que norteiam a Licitação, ao qual o administrador obrigatoriamente deve se submeter será objeto de um estudo mais detalhado neste trabalho, eles se encontram no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta

mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Os princípios apresentados estão necessariamente ligados uns aos outros, são dependentes uns dos outros chegando até a se confundirem, Um dos motivos que se julga relevante um estudo mais aprofundado na matéria.

O princípio da legalidade, sem dúvida, possui bastante relevância em matéria de licitação, esta que é um procedimento completamente vinculado a lei, traduz o princípio da legalidade que é a total submissão da Administração Pública às normas legais, ou seja, todo ato deve estar de acordo com a lei, diferente das relações particulares. No entanto, a lei não pode determinar todos os comportamentos possíveis do administrador, principalmente quando se trata de casos concretos, assim uma determinada margem de liberdade é cedida ao administrador, à chamada discricionariedade administrativa, que é limitada justamente pela lei. O professor Diógenes Gasparini discorre sobre este princípio:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurida e expõe-se a anulação. (GASPARINI, 2006, p. 7- 8)

Assim, toda atividade administrativa deve estar dentro das normas previstas, estando os atos limitados aos mandamentos da lei. No processo licitatório cabe ao administrador observar às etapas previstas na lei, caso ocorra à ilegalidade do ato administrativo no certame, o mesmo deverá ser anulado, a lei 8.666/93, no seu art. 49 § 1º diz que quando acontecer anulação por ilegalidade o estado não é obrigado a indenizar, exceto nos casos do art. 59 da mesma lei. Este princípio está ligado à noção de Estado de Direito, onde o estado se submete ao direito que ele mesmo criou, razão pela qual o princípio da legalidade é uma das bases de sustentação do Estado de Direito, sendo uma das grandes garantias dos administradores junto ao Poder Público.

Segundo o princípio da moralidade, todos os atos da Administração Pública devem ser norteados por preceitos éticos, tornando compatível a ética e os atos administrativos, não só pela determinação da lei, mas pela moral, pelos bons costumes, a boa fé, ou seja, a vinculação da honestidade. A professora Maria Sylvia discorre sobre o assunto:

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo poder judiciário. Este só examinaria a legalidade dos atos da Administração, não o mérito ou a moralidade. (Di Pietro, 2006, p. 92)

Alguns autores não concordam com a existência deste princípio, pois acreditam que o conceito de moral Administrativa é bastante vago, o que absorveria o seu conceito no princípio da legalidade. A moralidade é requisito indispensável à atuação de qualquer pessoa que esteja envolvida na administração pública, o administrador público deve respeitar os princípios éticos de justiça, a conduta contrária acarreta nulidade do ato ou do procedimento licitatório.

O princípio da impessoalidade surge para reafirmar que todos os atos do administrador público obrigatoriamente deverão ter por finalidade o interesse público, assim o gestor não deve prejudicar ou beneficiar determinados grupos, na prática de seus atos, evitando uma conduta tendenciosa. Nesse sentido Diógenes Gasparini dispõe:

A atividade Administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao poder público este princípio, com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação. (GASPARINI, 2006, p. 9)

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta:

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública, que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vista a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público. (GASPARINI, 2006, p.85)

Dessa maneira o princípio da impessoalidade está diretamente ligado ao princípio da igualdade, principalmente se tratando do processo licitatório, este princípio determina uma competição igualitária entre os concorrentes, livre de qualquer favoritismo.

O princípio da isonomia está consagrado no texto constitucional no caput do art. 5, determinado que todos fossem iguais perante a lei, consiste em tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Diógenes Gasparini discorre sobre o objetivo deste princípio “O objetivo do princípio da igualdade é evitar privilégios, e quando instalados servir de fundamento para sua extinção. Essa igualdade cabe observar que não significa nivelamento econômico, pois não se trata de uma igualdade material, mais jurídica formal”. (GASPARINI, 2006, p. 21)

Se tratando de licitação nota-se a incidência deste princípio em duas etapas, primeiro quando se define os critérios para escolha do contrato e o segundo quando se escolhe concretamente quem se enquadra nos critérios definidos anteriormente. É importante observar que a Administração Pública pode estabelecer diferenciações entre os concorrentes, desde que seja fundamentalmente para assegurar o interesse público na escolha da melhor proposta, o que não pode acontecer são tratamentos diferenciado entre os licitantes.

Estabelecido no caput do art.37 da Constituição Federal, e reproduzido no art. 3 da Lei nº 8.666/93 o princípio da publicidade justifica que os atos administrativos devam ser transparentes e visíveis, a fim de permitir a fiscalização e a participação dos interessados. Gasparini discorre sobre os objetivos alcançados pela publicação:

Pela publicação ou, quando isso não for possível, pelo processo de expedição de certidões, a Administração Pública dá conhecimento de seu comportamento, tornando o seu agir transparente. Ademais a publicação facilita o controle, por qualquer administrado, dos atos e comportamentos da Administração Pública. (GASPARINI, 2006, p. 12)

É um princípio que busca a transparência, e facilita o controle do comportamento dos gestores públicos. No entanto a casos que a publicação dos

atos administrativos viria tão somente prejudicar o interesse público, nesse caso a publicação e afastado, no entanto tal ação deve ser muito bem fundamentada. O artigo 7º, § 8º, da Lei de Licitações, determina que todos tenham acesso aos quantitativos das obras, compras e preços, portanto, não há licitação sigilosa como estabelece o art. 3, § 3º, e 43, § 1º, da Lei nº8.666/93.

O princípio da probidade administrativa carrega consigo a idéia de boa fé e honestidade, intimamente ligada à moralidade, o princípio da probidade administrativa exige que o gestor haja corretamente. Trata-se de princípio constitucional que norteiam a licitação, e a obrigação do Estado de exercer um bom desempenho de suas funções, o professor Marcelo Figueiredo dispõe sobre probidade;

Entendemos que a probidade é espécie do gênero "moralidade administrativa" a que alude, "v.g.", o art. 37, caput e seu § 4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. (FIGUEIREDO, 1995, p. 21)

Alguns doutrinadores entendem que a moralidade seria um gênero onde a probidade seria uma espécie, de forma que não há concordância quanto à unicidade dos dois conceitos. O princípio da probidade é amplo de modo que

engloba o conceito da moralidade, ou seja, possui a noção de moralidade administrativa.

O princípio da probidade exige uma conduta honesta com a Administração Pública e com os licitantes, agir de acordo com este princípio nas licitações e selecionar objetivamente a melhor alternativa que atende ao interesse público. Esta ligado a este princípio no âmbito do instituto da licitação o princípio do sigilo das propostas que tem por objetivo a competitividade entre os licitantes, e o seu descumprimento fere também os princípios da legalidade e da igualdade.

O artigo 37, § 4º da Constituição Federal se refere à improbidade administrativa, que é antônimo da probidade administrativa, o artigo refere-se sobre a perda da função pública e outras suspensão aplicada aos atos de improbidade. A improbidade significa uma má administração, por conta de atos ilícitos que implicam prejuízo ao erário público ou enriquecimento do administrador, ou seja, violar os princípios norteadores da Administração Pública, a lei 8.429/92 da improbidade Administrativa e importante asseguradora do princípio da probidade administrativa.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem por escopo garantir o tratamento igual entre todos os licitantes, sendo admitidas diferenciações desde que já estejam prevista no edital da licitação, assim os licitantes e a administração pública ficam submetidos ao que lhes é permitidos ou solicitados no edital. Para Fátima Regina de Souza este princípio trata-se de:

Este princípio cumpre objetivo triplo. De um lado, faz com que a Administração sintam-se presa ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas ou a eleição, depois de iniciado o procedimento de critérios de habilitação ou de julgamento

destinado a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para os licitantes, que podem formular suas propostas sabendo exatamente o que o licitador pretende deles. (SOUZA, 1997, p. 18)

Portanto, todo o procedimento deve estar vinculado ao instrumento convocatório, onde, após iniciar a licitação, a única surpresa será as propostas dos licitantes. Assim, garante-se a igualdade de tratamento entre os licitantes e sua vinculação ao edital que chama a licitação.

O princípio do julgamento objetivo busca evitar o subjetivismo no julgamento, obrigando a Administração a se manter nos critérios estabelecidos no ato convocatório e nos termos específicos, sendo uma consequência do princípio anterior, e estando afirmado nos art. 44 e 45 do Estatuto Federal Licitatório que assim estabelece, *in verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo órgão de controle.

Portanto a Administração deve se nortear pelos os elementos relevantes, assim como a justificativa da decisão tomada, afastando quaisquer impressões e

sentimentos pessoais dos membros da comissão de licitação, selecionando aquela proposta que irá atender da melhor forma o interesse público.

2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES

Em regra as contratações públicas têm por premissa a obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório para contratação de serviços e obras e aquisições de bens. No entanto o legislador criou algumas hipóteses onde a obrigatoriedade de licitar o certame será afastada.

Neste capítulo será estudado o dever geral de licitar e suas exceções que são situações excepcionais onde o a administração pública realiza a contratação sem utilizar-se do instituto da licitação, respeitando os requisitos estabelecidos em lei, ainda neste capítulo reflete-se sobre o crime do art. 89 da lei 8.666/93, que dispõe sobre os crimes e sanções estabelecidas ao gestor público quando este descumpra formalidades estabelecidas para as exceções da obrigatoriedade de licitar.

2.1 Dever geral de licitar

A constituição federal de 1988 trouxe um notável progresso no direito administrativo, trazendo a licitação como um princípio constitucional, a obrigatoriedade do certame decorre do texto nos art. 37, inciso XXI, e 175, *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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a

igualdade de condições de todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Seguindo esses preceitos, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, *caput*, estabelece, *in verbis*:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

A obrigatoriedade do procedimento licitatório com certeza busca priorizar o interesse público, pois caso o administrador possuísse livre arbítrio, certamente não haveria como controlar práticas que prejudicasse a supremacia do interesse público sobre o privado. Assim deve-se desta forma manter a licitação com a finalidade de proporcionar vantagens à administração, iguais condições entre os participantes e segurança aos administradores.

A licitação busca moralizar os gastos dos cofres públicos e defender interesses coletivos. E a não utilização do certame certamente prejudicaria o interesse público, no entanto é comum a prática de contratações diretas, gerando

descrença no procedimento licitatório e prejudicando o interesse público, portanto com exceção das hipóteses legais a contratação direta deve ser repelida.

2.2 Exceções ao dever geral de licitar: licitação dispensada, dispensável e inexigível

A lei diversificou as hipóteses que a Administração Pública pode ou deve deixar de realizar a licitação, tornando-as dispensada (art. 17, incisos I e II), dispensável (art. 24) e inexigível (art. 25), conforme a lei nº 8.666/93. Alexandre de Moraes discorre sobre a não obrigatoriedade da Licitação:

A licitação e praxe exigida constitucionalmente e tanto o legislador quanto o interprete deverão, sempre, procurar atingir o fim colimado pela constituição, em respeito principalmente aos princípios da igualdade, legalidade e moralidade pública. Contudo, existirão situações em que os interesses da Administração, e conseqüentemente, o interesse publico ficarão mais bem resguardado com a não realização do certame licitatório. (MORAIS, 2006, p. 330)

Dessa maneira o acontecimento do certame iria tão somente prejudicar a contratação pública, desviando a o objetivo maior que e atender o interesse público, respeitando as formalidades e princípios exigidos.

A licitação dispensada do art. 17 discorre sobre alienação de bem público, em geral toda alienação de bem público imóvel necessita de autorização legislativa, avaliação previa e licitação na modalidade concorrência, para órgãos da administração direta, fundações, entidades autárquicas, entidades paraestatais e para todos. Neste caso e uma exceção da obrigatoriedade seria casos de dispensas legais onde o legislador afasta a idéia possibilidade de licitação.

O legislador elencou as premissas de dispensabilidade de licitação no artigo 24 da lei 8.666/93 estabelecendo como taxativas, sendo que só deverão ocorrer por razões de interesse público. Gasparini discorreu sobre o assunto:

A dispensabilidade da licitação, quando autorizada, só libera a Administração Pública da promoção do procedimento de escolha da melhor proposta, sendo assim tudo mais (verificação da personalidade jurídica, capacitação técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, empenho prévio de elaboração de contrato, publicação) devem ser obedecidos. (GASPARINI, 2006,p. 512)

Por isso, a dispensa de licitação só deve acontecer em estrita observância aos casos nomeados na lei, atendendo sempre as formalidades exigidas. Na dúvida a respeito da exigência ou não da licitação, deve-se realizar o certame.

A licitação inexigível, prevista no art. 25, tem por base a inviabilidade da competição, não a concorrência, porque não há parâmetro para se escolher objetivamente a melhor proposta, a lei estabelece um rol meramente exemplificativo de inexigibilidade. Este instituto exige que alguns requisitos sejam cumpridos para se chegar à inviabilidade da competição, o primeiro deles e a constatação da exclusividade, seguido da vedação a preferência de marcas, no caso de haver pluralidade de marcas que preenchem os interesses da Administração.

Na tentativa de distinguir definitivamente as exceções de da obrigatoriedade de licitar, trazemos a lume a disinção dos ilustres Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo:

a) na *dispensabilidade*, a licitação é em princípio devida. Mas, o administrador, avaliando os princípios constitucionais vetoriais do instituto (moralidade e igualdade), em

contraposição a certas circunstâncias em que a lei permite seu afastamento (por isso que entram em jogo outros princípios, conectados ao interesse público, a merecerem prioridade), *pode* decidir (justificada e motivadamente (artigo 26) pela contratação direta;

b) na *inexigibilidade*, a licitação *em princípio não pode ser realizada*, eis que a própria lei elevou certas circunstâncias à categoria de *presunções* consistentes em hipóteses nas quais se considera *a priori*, que a contratação direta é a via mais adequada à realização do interesse público; mas circunstâncias ditadas pelo interesse público, suficientemente robustas para o afastamento da presunção relativa acima posta em realce, poderão vir a ensejar, ainda aqui, a licitação.

c) na *dispensa em sentido estrito*, a licitação foi afastada pelo próprio legislador, com identificação taxativa de seus pressupostos fáticos: assim, ocorrentes que sejam eles, como tais *declarados* pelo administrador, está dispensado o procedimento do artigo 26; mas, se tal como se dá na hipótese de dispensabilidade, ainda aqui poderá, em caso concreto, o interesse público decretar a instauração da licitação. (FERRAZ&FIGUEIREDO, 1994, p.36-37)

E importante observar que mesmo que a licitação seja dispensada, dispensável e inexigível, deve-se realizar o procedimento estabelecido no art. 26 da Lei nº 8.666/93 que diz, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade

referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Essas são as ressalvas à obrigação de licitar, que deve sempre preencher os requisitos legais, para alcançar o objetivo principal da contratação pública, que é a supremacia do interesse público.

2.3 O crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93

O legislador busca com esse artigo garantir a eficácia e franqueza nas concorrências do procedimento licitatório, buscando ainda proteger a moralidade administrativa na contratação pública. Prever essas condutas certamente intimida administradores mal-intencionados, que tem por hábito se aliar aos particulares para benefício próprio, com certeza esse artigo é um avanço na legislação pátria.

A consumação do crime se dá quando o gestor público não cumpre as formalidades relativas às exceções da obrigatoriedade de licitar. Consiste não só em dispensar e inexigir licitação ilegalmente e sim forjar situações na tentativa de enquadrá-las, o parágrafo único discorre sobre os beneficiados com a contratação ilegal, que também incorre na mesma pena. O sujeito ativo deste crime engloba não só o agente público que tomou a decisão, mas também os servidores que atestaram o cumprimento das disposições legais, o particular também pode concorrer como sujeito ativo do crime por tentar se beneficiar com a contratação indevida.

Entende-se que para punir criminalmente o administrador que comete tal conduta, deve se identificar o dolo, ou seja, a intenção de burlar a lei pode-se

admite o dolo eventual, em casos que o agente, tendo dúvida sobre a legalidade de sua conduta, pratica o ato mesmo que seja irregular. Quando se trata do particular o dolo é exigido como elemento subjetivo, Justen Filho discorre sobre o assunto:

Entende-se que o crime do parágrafo único exige dolo específico (consistente no fim de celebrar contrato com o Poder Público). No tocante ao crime do *caput*, não parece viável exigir apenas o dolo genérico. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o direito penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. (JUSTEN FILHO,1998.p. 593)

Tendo o Estado como sujeito passivo, conseqüentemente, a sociedade e quem sofre ou sofrerá o dano. As penas variam de acordo com o ato praticado, pode ir de seis meses a seis anos de detenção estando sempre acompanhado de multas que são cumulativas.

3. DISPENSA

A dispensa assim como a inexigibilidade são exceções a obrigação de licitar, sendo formas anômalas na contratação pública. A dispensa é caracterizada em situação que e embora possível o acontecimento do certame, este iria prejudicar o

interesse público. Ocorrerá a dispensa de licitação nos casos expressos no artigo 24 da Lei 8.666/93, onde o legislador elencou de maneira taxativa as hipóteses de dispensa.

Este capítulo fará um estudo sobre esta modalidade de contratação, discorrendo sobre a discricionariedade, matéria polêmica dentro desta exceção a obrigatoriedade de licitar devido à liberdade concedida ao gestor público que pode fazer mal uso da discricionariedade para burlar a lei, e em seguida será feito um estudo pormenorizado dos incisos do artigo 24, buscando entender melhor as possibilidades de contratação direta por parte da Administração Pública.

3.1 Classificação

A dispensa de licitação acontece quando, mesmo sendo possível a realização do certame, o seu acontecimento viria tão somente sacrificar o interesse público, por esse motivo à lei concedeu ao administrador a faculdade de dispensar, nos casos previstos em lei, a peleja licitatória. Para entender melhor os vinte e quatro incisos do art. 24 da lei de Licitações, convém dividi-los em grupos, existe várias maneiras de classificação, para

Maria Sylvia a classificação em: “dispensa em razão do pequeno valor, dispensa em razão de situações excepcionais, dispensa em razão do objeto, dispensa em razão da pessoa, dispensa em razão da pessoa”. (DI PIETRO, 2006, p. 217)

Já para o professor Carlos Ari Sunfeld as categorias de dispensa de licitação se dividem da seguinte maneira: “Dispensa em função da economicidade, dispensa em função da pessoa, dispensa em função da ineficácia da licitação, dispensa em função de acordo internacional e dispensa em função da desnecessidade do certame”. (SUNDFELD, 1994. p. 59-62.) O doutrinador Marçal Justen Filho classifica

de uma maneira diferente os incisos do art. 24, considerando a relação custo benefício, assim a classificação seria:

Custo econômico da licitação, quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível, *custo temporal da licitação*, quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação, *ausência de potencialidade de benefício*, quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação e *destinação da contratação*, quando a contratação não for norteadas pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins. (JUSTEN FILHO, 1998, P.212)

No presente trabalho a classificação adotada é a exposta pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (dispensa em razão do pequeno valor, dispensa em razão de situações excepcionais, dispensa em razão do objeto, dispensa em razão da pessoa, dispensa em razão da pessoa), por nos apresentar ser a mais didática e possuir mais pontos coincidentes com outras classificações.

Antes de explicá-las detalhadamente vale lembrar a importância da discricionariedade nos procedimentos licitatórios, que por sua própria natureza mitigam a liberdade do gestor em escolher aquele com quem irá contratar, mesmo nas hipóteses de dispensa de licitação.

O ato discricionário é a uma liberdade conferida ao administrador pelo ordenamento jurídico para que este escolha as maneiras e condições que mais convenham ao o interesse público, Diógenes Gasparini discorre sobre Discricionariedade:

Discricionários são os atos Administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos

que a lei prescreve. Assim cabe a Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de méritos. (Gasparini, 2006, p.98)

A discricionariedade disponibiliza ao gestor uma liberdade na sua atuação determinada pela lei. Analisando o caso concreto, observando a conveniência e buscando sempre o interesse público. No que diz respeito ao âmbito de atuação da discricionariedade discorre Maria Sylvia Di Pietro:

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração e previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;

c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde. (Di Pietro, 2006, p.223)

A atuação da Discricionariedade é bastante amplo, no entanto o ato discionário nunca é total devido a alguns aspectos que estão sempre vinculados a lei. Uma temática bastante discutida pelos estudiosos, no que diz respeito à dispensa de licitação a grande questão é o fato de a lei ter dado grande poder discionário aos Administradores. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello:

Discricionariedade é à margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 1993, P. 420).

No âmbito do certame a aplicação da discricionariedade exige um ato vinculado ao sistema positivado, observando os sempre os princípios norteadores da licitação, devendo o Administrador usar de muita cautela ao dispensar, ou tornar inexigível, uma licitação, respeitando os limites impostos para tal ato discionário, sob pena de anulação por “vício no exercício do poder discionário”, chegando a punição do administrador público, quando há descumprimento das formalidades exigíveis para tais procedimentos.

A discricionariedade possui sentido liberal, o comportamento administrativo discionário deve ocorrer dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, a constituição limita a discricionariedade através dos princípios que regem a Administração Pública.

3.2 Dispensa em razão do pequeno valor

A Lei nº 8.666/93 elenca em seu art. 24, incisos I e II, as hipóteses de dispensa de licitação em razão de pequeno valor, *in verbis*:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I, do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (limite: R\$ 15.000,00)

II - Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II, do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez (limite: R\$ 8.000,00)

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão de 20% (vinte por cento) nas compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Este dispositivo se refere à contratação de obras, serviços e compras, cujo valor é tão reduzido que a realização do certame teria uma despesa maior do que o benefício da contratação. A Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 alterou o artigo em questão, aumentando o limite para 10% (dez por cento) que antes era 5% (cinco por cento), além de introduzir o parágrafo único, que discorre sobre as contratações

realizadas pela Administração Pública indireta, e importante observar que às sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executiva receberam um tratamento diferenciado, e o limite estabelecido foi fixado em 20 % (vinte por cento).

Uma das discussões sobre esta hipótese de dispensa e a questão do fracionamento, ou melhor, do parcelamento do objeto, que obviamente é vedado nos dois incisos, o fracionamento em contratações e permitidos desde que não levem a dispensa do certame, ocorrendo o fracionamento, o valor que se deve considerar é o valor total das parcelas. Outro aspecto bastante polêmico é o período de tempo que se deve considerar para utilização do limite permitido de dispensa se é anual ou mensal, a lei não estabeleceu o período para a utilização do limite, a orientação ao administrador público do Tribunal de Contas da União é que se faça um planejamento, para que não haja aquisições de objetos iguais em curto espaço de tempo.

A divergência entre os doutrinadores é grande, os que se posicionam pela corrente do limite anual se apóiam na alteração que a Lei n.º 8.883/94 fez nos prazos do art. 39, sobre a licitação simultânea ou sucessiva, que não se aplica mais ao art. 24, I, como era na redação originária da Lei 8.666/93, essa alteração excluiu a aplicação do limite da dispensa em intervalos temporais, estabelecidos para licitação simultânea ou sucessiva que era 30 e 120 dias. E não há outro dispositivo que autorize o uso do limite de dispensa para objetos iguais, por vezes sucessivas, portanto se não há autorização legal conclui-se a vedação. Se a Administração começar a utilizar a dispensa de licitação repetidas vezes para adquirir objetos similares, fundamentada no art. 24 da Lei de Licitação, acabará se desviando da norma constitucional que é a obrigação de licitar.

Um prazo estabelecido em norma colocaria fim nas discussões, a fixação do prazo mensal ou até mesmo anual, levando em conta as situações imprevisíveis, e

observando justificativas fundamentadas, esclareceria as dúvidas em torno desta modalidade.

3.3 Dispensa em razão de situações excepcionais

Segundo a classificação da Professora Maria Silvia Di Pietro, adotada neste trabalho, as hipóteses de dispensa de licitação em razão de situações excepcionais engloba os incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XVIII, do artigo 24, da lei 8.666/93.

Os incisos III, e IV do art. 24, estão intimamente ligados, e estabelecem que o procedimento licitatório deve ser dispensado quando, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Trata-se sem dúvida de uma situação excepcional, onde a demora do procedimento licitatório viria tão somente acarear prejuízos.

A primeira parte do inciso III dispõe sobre a dispensa em caso de guerra, e importante verificar que para efeitos legais, guerra e aquela que o Presidente da

República de acordo com a Constituição Federal declara, portanto e essencial o bom senso na aplicação deste dispositivo, ou seja, caso não acarrete prejuízo a Administração, deve-se realizar o certame. Não encontramos a mesma facilidade para conceituar as situações onde ha grave perturbação da ordem, devido à subjetividade do conceito, exigindo cautela maior ainda por parte do gestor, pois toda contratação direta fundamentada nesse inciso deve ser muito bem justificada.

Por sua vez o inciso IV, apresenta uma situação de caráter emergencial, são situações asseguradoras da dispensa do certame, não sendo levada em conta a desídia ou ausência de planejamento do gestor público. A calamidade pública depende da declaração do poder público, não sendo subjetiva, já a emergência necessita de bastante cautela na sua aplicação, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz citando Antônio Carlos Cintra do Amaral conceituam a emergência:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária no momento preconizado, não se caracteriza a emergência. (FERRAZ&FIGUEIREDO, 1994, p.48)

O dano e a possibilidade do prejuízo devem estar bastante claros, observando a imprevisibilidade da situação e a real possibilidade de contrariar o interesse público, só assim se pode afastar a realização do certame com segurança.

Ocorrendo emergência ou calamidade pública a dispensa devera ser aplicada somente para obras de engenharia, não podendo estender para outras áreas de atuação da administração pública. Portanto não se deve dispensar em razão da situação administrativa ou municipalidade, por exemplo. Uma situação que acontece bastante e a dispensa em razão da municipalidade, passada as eleições, o Prefeito eleito assume o cargo, decreta estado de emergência e passa a dispensar o certame em razão da situação que ele encontrou a prefeitura, o que não justifica, porque após 03 de outubro, onde acontecem às eleições municipais, ate a posse do gestor são 90 dias, sem mencionar que todo candidato a administração pública deve possuir um projeto que será aplicado após sua posse, portanto existe tempo suficiente entre eleição e posse para que o gestor se coloque a par dos problemas municipais, do patrimônio, de serviços prestados entre outros, ajustando sua equipe de governo e fazendo de maneira correta essa transição.

Em 2004 o Tribunal de Contas da Bahia, o TCM – BA baixou uma instrução 02/2004 a fim de regulamentar esse período de transição, *in verbis*:

Art. 1º Os atuais Prefeitos e Presidentes de Câmaras Municipais constituirão, nos órgãos que dirigem, obrigatória e imediatamente após a diplomação dos novos Prefeitos e Vereadores pela Justiça Eleitoral, uma Comissão de Transmissão de Governo, com vistas a assegurar a plena continuidade administrativa no município.

Parágrafo único. A Comissão de que trata este artigo será instalada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias úteis em relação à data por lei estabelecida para a posse e transmissão dos cargos mencionados neste artigo – 1º de janeiro do exercício subsequente àquele em que se deram as eleições. (BAHIA, 2004, p.1)

A instrução busca garantir a continuidade dos serviços públicos, no período da diplomação do novo prefeito e sua posse, se preocupou também com a formação da comissão de transição. De maneira que não justifica declarar estado de emergência e dispensar o certame.

O Tribunal de Contas da União, através da decisão nº. 347/94 - Plenário, de 21 de junho de 1994, dispôs sobre a adoção da dispensa do certame baseada no inciso IV, assim concluindo:

[...] além da adoção das formalidades previstas no art. 26, caput e parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93 são pressupostos da aplicação do caso de dispensa, preconizado no art. 24, IV, da mesma lei:

[...] que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

[...] que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

[...] que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

[...] que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras,

segundo as especificações e quantidades tecnicamente apuradas, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. (UNIÃO, 1994, p. 2)

A decisão busca nortear a fundamentação da não realização do certame com base nesse inciso, que é o dispositivo no âmbito da Administração Pública que apresenta maior incidência de má interpretação legal por parte dos gestores públicos, que por diversas vezes ampliam seus limites, estendendo sua abrangência ao desprezar seus requisitos.

O art. 24, inciso V, trás outra hipótese de dispensa em razão de situações excepcionais, dispondo, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Observa-se no dispositivo transcrito que a falta de interesse para participar do certame regulamente processado, leva a uma situação de contratação direta, No entanto não basta apenas a ausência de interesse para caracterizar a dispensa, nesse sentido Maria Sylvania di Pietro, discorre:

Essa hipótese é denominada de licitação deserta; para que se aplique, são necessários três requisitos: a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições

constantes do instrumento convocatório.(DI PIETRO, 2006, p. 218)

O ultimo requisito se justifica porque, modificada as condições, há possibilidade, que aberto novo certame apareçam novos licitantes, e um dispositivo que atende ao principio da motivação, exigindo a justificação da dispensa do certame. A licitação deserta pode ser resultado de vícios, como clausulas discriminatória, exigências descabidas ou pouca publicidade, afastando desta maneira os licitantes. Nessas hipóteses a culpa e da entidade licitadora e não se admite o afastamento do certame.

O inciso VI, do art. 24 da lei 8.666/93, trata de uma das hipóteses de dispensa de licitação por razões de situações excepcionais, discorrendo sobre a intervenção da União no domínio econômico, onde a contratação direta se justifica pela defesa da ordem econômica, atuando para normalizar o abastecimento e regular preços.

No inciso VII, art. 24, o legislador traz outra hipótese de dispensa de licitação em situações excepcionais, estabelecendo *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestadamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, caso em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta lei e, persistindo a situação , será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Esse dispositivo discorre sobre propostas com preços abusivos, quando a Administração Pública realiza um processo licitatório, deve comparar o preço

ofertado com o preço usado no mercado, observando se há compatibilidade entre eles, sendo as ofertas superiores a licitação devida ser afastada. Nesse sentido discorre Fátima Regina Souza:

Propostas com preços excessivos podem ser rejeitadas, na licitação, para contratação direta do mesmo objeto, produto ou serviço com quem o venda por preço inferior. Essa disposição legal é altamente moralizadora, pois evita conchavos de fornecedores para elevar, acima do mercado ou do preço tabelado, suas ofertas em licitação. (SOUZA, 1997, p. 29)

A proposta deve ser rejeitada no caso de preços abusivos, ocorrendo à dispensa do certame quando a Administração Pública encontrar um licitante disposto a contratar por um preço menor do que o obtido na licitação anterior.

O inciso IX, do art. 24, autoriza a contratação direta nos casos de comprometimento da segurança Nacional, nos casos fixados pelo Presidente da República e ouvido o Conselho de Defesa Nacional, desta forma essa hipótese só é caracterizada mediante Decreto do Presidente e audiência com o Conselho de Defesa.

A lei autoriza a Administração Pública a dispensar o procedimento licitatório em caso de complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior, Art. 24, inciso XI, da Lei de Licitações. Essa hipótese estava prevista no Decreto-lei nº2.300, no entanto estabelecia uma limitação quanto ao valor, este inciso da lei 8.666/93, traz restrições diferentes, neste caso a contratação só acontece com o licitante que deu origem ao contrato original ou outro licitante classificado no mesmo certame, e este deve concordar em dar continuidade a obra ou serviço nas mesmas condições que o licitante vencedor ofereceu.

Também é dispensável a licitação nos casos de aquisição de bens ou serviços de organização internacional aprovado pelo congresso Nacional de acordo com o art. 24, inciso XIV, da lei 8.666/93. Essa aquisição de bens e serviços por meio da organização nacional ocorre quando o Brasil é membro e tem acordo específico ou quando as condições oferecidas são manifestadamente vantajosas para o interesse público.

Finalizando as hipóteses de dispensa de licitação em razão de situações excepcionais está o inciso XVIII, art. 24, da lei 8.666/93 que estabelece *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivos de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 desta lei.

É uma hipótese que observa a necessidade de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, em uma situação eventual de pouca duração em localidades diferentes de sua sede, devido à movimentação operacional ou adestramento no contexto de atividade militar.

3.4 Dispensa em razão do objeto

Na dispensa de licitação em razão do objeto estão os incisos X, XII, XV, XVII, XIX e XXI, do art. 24 da Lei. 8.666/93.

O primeiro inciso a ser estudado, trata da aquisição ou locação de imóvel para a Administração, está previsto no inciso X, art. 24, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

O inciso destaca a necessidade de localização e instalação do imóvel, que será locado ou adquirido para o atendimento do interesse público, autorizando o gestor a dispensar a licitação e contratar diretamente com o proprietário ou locatário do imóvel.

No entanto a Administração deve fazer uma avaliação prévia do imóvel, com intuito de comprovar que o imóvel escolhido é o que atente melhor as suas necessidades, observando ainda a disponibilidade física e localização, e se o preço estabelecido está dentro dos valores do mercado. Os processos administrativos de compra e locação de imóveis devem ser bem instruídos, mesmo que dispensa de licitação não exija as formalidades presente no certame.

Entre os doutrinadores se mostra pacífica a opinião, de que se trata de inexigibilidade de licitação, devido à singularidade do objeto, o que caracteriza a inviabilidade da licitação, assim afirma Marçal Justen Filho:

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra

escolha. Quando a Administração necessita de imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se torna possível a competição entre particulares. Ou a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25. (JUSTEN FILHO, 1998, p. 229)

Reafirmando a corrente do professor Marçal, a legislação anterior Decreto-lei nº 2.300/86, discorria sobre o caso como inexigibilidade. A dispensa de licitação se caracteriza quando o certame é inicialmente devido, porém não é realizado devido uma série de fatores elencados na legislação. Se tratando de inexigibilidade não é possível a realização porque só há um objeto pretendido pela administração, impossibilitando a concorrência. Assim se existir mais de um imóvel que atenda as necessidades da administração, deve acontecer o procedimento licitatório.

Outro caso de dispensa de licitação em razão do objeto se encontra no inciso XII, do art. 24 que estabelece *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

É importante ressaltar que a lei só autoriza a contratação no tempo necessário para a realização da licitação, e isso acontece porque o fato do objeto ser perecível, por si só, não é justificativa para a dispensa do certame. Durante o período necessário para a realização da licitação, o gestor pode adquirir diretamente, mais sempre respeitando preço do dia que a administração apurar, essa constatação de valores pode se dar de qualquer maneira, desde que seja devidamente documentada, e seja juntada aos autos do processo de dispensa de licitação.

Outro caso de dispensa de licitação em razão do objeto se encontra no artigo 24, inciso XV, que discorre sobre aquisição e restauração de objetos históricos e obras de arte, com autenticidade certificada. Portanto para que haja contratação e deve ser comprovado a autenticidade e o interesse público na preservação do patrimônio histórico, razão pela qual esse tipo de atuações é oriunda de órgãos públicos que por função precípua a preservação artística ou histórica.

É outra situação que a legislação anterior, Decreto-lei nº 2.300/86, tratava como inexigibilidade de licitação, devido à inviabilidade de competição se configurar mais uma vez. Nesse sentido Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo dispõem:

*A autenticidade certificada, exigida pela Lei, imprime ao objeto histórico ou à obra de arte a marca de **objeto único**. E a restauração constitui, às escâncaras, serviço técnico profissional especializado (artigo 13, VII), o que pela própria Lei 8.666 (!), traz a matéria para o campo da **inexigibilidade** (artigo 25, II). Mais um palmar engano de sistema, portanto, da Lei 8.666. Adite-se, ademais, quanto à restauração, que a existência de mais de um prestador especializado atrairá, inevitavelmente, a **obrigatoriedade** da licitação. Em suma, aqui só não pode mesmo falar é de **dispensabilidade**, com o*

que escancarado se ostenta o equívoco da opção legal, a ser suplantado exatamente com a utilização dos métodos de interpretação sistemática. (FERRAZ, Sérgio & FIGUEIREDO, 1998. p. 50.)

Assim, para que essa contratação ocorra deve ser comprovado à autenticidade do bem e o interesse público que e preservar o patrimônio histórico, tendo por finalidade a preservação artística e histórica.

O inciso XVII, do art. 24 da Lei de Licitações, autoriza a contratação direta em situações que a manutenção exija determinados assessórios para assegurar a garantia. Nestes casos, o interesse público e atendido não pelo menor preço, e sim pela garantia que o equipamento continuara funcionando bem. Também se discute se seria esta uma hipótese de inexigibilidade, devido as peças e componentes ser indispensáveis. O professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, dispõe nesse sentido:

Aliás, é conveniente que desde logo fique assentado que a Administração não está obrigada a ficar adquirindo peças do fornecedor original para assegurar-se da garantia técnica, pois é evidente que empresas vão a partir da aprovação desse dispositivo tentar elastecer o prazo de garantia técnica a fim de criar reservas de mercado para a venda de peças. Artifícios de tal ordem devem encontrar sobranceiros da Administração com capacidade técnica para fazer prevalecer o interesse público sem submeter o Estado ao vergonhoso cartel de um segmento de fabricantes que pretende, por ironia, um país capitalista sem livre concorrência.(FERNANDES, 1995, p. 249)

Desta forma se entende que o Administrador Público não ter obrigação de aceitar a oferta do fornecedor, podendo abrir mão da garantia quando a contratação se mostrar desfavorável ao interesse público.

Outra hipótese de dispensa em razão de objeto se encontra no inciso XIX, do art.24, da lei de 8.666/93, que estabelece *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIX - para as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

E uma hipótese criada para suprir a necessidade de padronização das Forças Armadas, e esse necessidade apenas se justifica quando se tratar de condição para uma atuação eficiente, sendo exigido um parecer de comissão formada por decreto para essa finalidade. E oportuno deixar claro que os únicos bens que poderão ser adquirido por contratação direta são de uso estritamente militar, não estendendo para compras de materiais de uso pessoal ou administrativo.

E a ultima hipótese de dispensa de licitação em razão do objeto, segundo a classificação adotada neste trabalho e o inciso XXI, artigo 24, da Lei de Licitações. Este dispositivo tem base no Art. 218 da Constituição Federal, que dispõe sobre o incentivo do Estado no desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica, e importante observar que esta hipótese trata de aquisição de bens e não se estende a obras e serviços. A experimentação é o objeto principal da pesquisa científica, possui um resultado final imprevisível e esta sempre cheia de

incertezas, portanto não se sabe qual a melhor proposta, sendo mais interessante ao interesse público a dispensa.

3.5 Dispensa em razão da pessoa

Segundo a classificação adotada neste trabalho as hipóteses de dispensa em razão da pessoa estão elencadas no artigo 24 e nos incisos, VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII e XXIV, da Lei 8.666/93. Conhecida por Lei de Licitações.

O primeiro caso de dispensa em razão da pessoa esta estabelecido no inciso VIII, do art. 24, Lei 8.666/93, que dispõe *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno de bens produzidos ou prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Trata-se de um dispositivo carregado de requisitos a serem seguidos para que haja a contratação direta, sendo o contratante pessoa de direito público interno obrigatoriamente e o contratado uma entidade ou órgão integrante da Administração, buscando uma definição para entidade e órgão o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes discorreu da seguinte maneira:

Se o contratante foi precisamente definido pelo inciso em comento, o mesmo não ocorreu em relação ao contratado. Primeiro porque admitiu a contratação de órgão, expressão de larga amplitude, abrangendo partes despersonalizadas da Administração. Mesmo no mais autorizado magistério do

saudoso Hely Lopes Meirelles o conceito de órgão não se identifica com o de pessoa jurídica capaz de ser sujeito de direitos e obrigações, muito embora se lhe atribua capacidade de expressar parcela da vontade do Estado, fato que estabelece uma zona intermediária, bastante dissociada dos elementos clássicos do direito privado. Para o renomado autor, 'órgão públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.' (...)

Sobre entidades é possível defini-las, seguindo corrente já firmada, como centros de competência específica, providas de personalidade jurídica de direito público ou privado e criados por lei, para o desempenho de funções descentralizadas. (FERNANDES, 1995, p. 198 – 199)

Como foi dito o termo órgão possui bastante amplitude ao contrario das entidades que já possui definição firmada. Outros requisitos estabelecidos pelo inciso VIII trata da obrigação da finalidade especifica da contratada para a prestação de serviço Público e a sua criação que deve acontecer anteriormente à lei 8.666/93 com a finalidade especifica, ou seja, para realização de atividade que e objeto da contratação direta.

Outro caso de dispensa em razão da pessoa esta elencado no inciso XIII, do art. 24, da lei 8.666/93, que trata da dispensa nos casos de contratação de instituição brasileira com objetivo de recuperar socialmente presos. O dispositivo pressupõe que a instituição deve ser constituída pela lei Nacional e deve possui personalidade jurídica, alem desses requisitos a instituição deve possuir inquestionável reputação

ético-profissional, requisito bastante difícil de ser comprovado, e importante observar que haja uma ausência de fins lucrativos por parte da empresa.

Alguns doutrinadores consideram o inciso XVI, art. 24, lei 8.666/93, desnecessário visto que esta hipótese já está incluída no inciso VIII, do referido artigo. Este dispositivo tem por escopo garantir a seriedade no que diz respeito a informações públicas, esta hipótese só autorizara a contratação direta se de um lado estiver entidades da Administração Pública direta e indireta e do outro lado pessoas com personalidade jurídica do direito público. Observando que não se coloca em risco a autonomia da Administração Pública, pois as prestadoras de serviços fazem parte dos órgãos e entidades que as integram e tendo como elemento essencial o interesse público, não caracterizando uma atividade econômica, pois isso seria injusto com as empresas privadas.

Outra hipótese de dispensa de licitação em razão da pessoa está estabelecida no inciso XX, do art. 24 da lei de Licitações, que dispõe *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Primeiramente é importante verificar que é requisito que a associação seja pessoa jurídica de direito privado e com ausência de fins lucrativos. Esse dispositivo está de acordo com o princípio do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que assegura a reserva de percentual de cargos públicos a portadores de deficiência

física, essa dispensa é tida como um incentivo a entidades privadas para que estas realizem suas atividades que estão ligadas ao interesse público.

O inciso XXII art.24 permite a dispensa de licitação na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, esta hipótese foi inserida no Estatuto das Licitações pela Lei 9.648/98. São serviços que podem ser contratado por pregão que é uma modalidade eficiente de contratação, o que nos leva a uma alternativa para diminuição de hipóteses de dispensa de Licitação Pública, especialmente no que diz respeito a serviços públicos prestados por permissionários, concessionários e autorizados.

O inciso XXIII art. 24, também foi introduzido pela lei 9.648/98, trazendo outra hipótese de dispensa em razão da pessoa, são contratações realizadas por empresas públicas ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, esta dispensa é justificada por não se tratar de uma atividade comercial, pois a relação existe entre as entidades citadas e suas controladas, não buscando o mercado para a contratação, portanto, não há competição. Se algum particular realizar a mesma atividade por valor inferior, deve-se realizar a licitação atendendo assim ao interesse público.

O último inciso que trata de Dispensa de Licitação em razão da pessoa, discorrendo sobre a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; (inciso XXIV, art. 24 da Lei 8.666/93).

As organizações sociais realizam trabalhos públicos de cunho beneficente, embora tenha personalidade de direito privado, realiza função pública em função disso deve agir de acordo com interesse público, por essa razão a Administração

pública pode disponibilizar servidores públicos, bens e recursos para que as organizações sociais realizem suas atividades.

O contrato de gestão referido no dispositivo nada mais é que um pacto firmado entre o Estado e a organização social que tem por escopo atingir determinada finalidade pública, e um contrato administrativo e está submetido ao regime jurídico de direito público, vale ressaltar que o Tribunal de Contas deve analisar as contas da organização social.

4. JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DO TOCANTINS

Constantemente é divulgado na mídia nacional a utilização ilícita dos recursos públicos, surgindo à necessidade de um acompanhamento mais sistemático dos órgãos fiscalizadores. O Tribunal de Contas do Tocantins foi criado pela Lei nº 001/89, de 23 de janeiro de 1989, e instalado em Miracema do Tocantins, então Capital Provisória do Estado, em cinco de maio daquele ano, após a promulgação da Lei nº 36/89, que estabelecia normas para o seu imediato funcionamento. (TOCANTINS, 2009, p. 1)

Desde então vem desempenhando importante papel na fiscalização da utilização dos recursos públicos.

Foi solicitado junto ao Tribunal de Contas um subsídio para a realização desse trabalho, no entanto, as informações não foram passadas devido a uma reformulação no sistema, através de pesquisas realizadas no site do tribunal de contas, foi possível encontrar um caso de dispensa de licitação ilegal e um caso de dispensa de licitação legal, aos quais faremos um estudo a seguir.

4.1 Estudo de caso real de Dispensa de Licitação declarada irregular pelo Tribunal de Contas.

O caso a ser estudado de dispensa de licitação considerada ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins trata de um contrato para Gerenciamento da folha de pagamento da Prefeitura de Palmas Tocantins, realizado entre o Senhor Raul de Jesus Lustosa Filho, Prefeito de Palmas e os Senhores Paulo Roberto Lopes Ricci e Marcos Paulo Bankow, Superintendente e Gerente de Agência Setor Público do Banco do Brasil S/A, respectivamente. Contrato que teve origem pelo despacho n 004/2006, do dia 20 de junho de 2006, como informa a Resolução n° 610/2008:

8. DECISÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n° 05501/2006 (principal) e de n° 05502/2006 (apenso), que versam sobre a análise da legalidade do Ato de Dispensa de Licitação exarado pelo Senhor Samuel Braga Bonilha, ex-Secretário Municipal de Gestão e Recursos Humanos da Prefeitura de Palmas e materializado através do Despacho n° 004/2006, do dia 20 de junho de 2006, publicado do Diário Oficial do Estado n° 2196 de 30/06/2006. (TOCANTINS. 2008. p. 1)

Após a publicação no Diário Oficial do Despacho n° 004/2006, foi possível a celebração do contrato, pois segundo a lei mesmo que haja dispensa do certame e necessário um procedimento administrativo, onde se justifica a dispensa e se dá a eficácia dos atos, como discorre o artigo 26 da Lei 8.666/93, que dispõe *in verbis*:

Art. 26 – As dispensas previstas nos §§ 2º. E 4º. Do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 17 e no inciso III e seguintes no art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25,

necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º. desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia dos atos.

As dispensas do art. 24 esta incluída nesse dispositivo, que estabelece que dentro do prazo de três dias a Administração deve comunicar a dispensa à autoridade superior para ratificação e publicação, como condição para validar o ato. Nesse sentido dispõe o professor Marçal Justen Filho:

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação"(grifado). E mais adiante arremata o referido autor: "a Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. Na etapa externa, a Administração deverá formalizar a contratação". (JUSTEN FILHO, 1998, p. 295/297).

O procedimento citado não possui a mesma complexidade e custos de um procedimento licitatório completo, devem ser observados os princípios fundamentais da Administração pública e atender ao interesse público. Segundo o Tribunal de Contas o contrato teria por objeto a exclusividade no processamento da folha de pagamento, com o valor total contratado de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), como discorre na decisão da Resolução nº 610/2008:

(...) tendo por objeto a exclusividade no processamento da folha de pagamento dos servidores ativos, inativos, pensionistas e outros serviços de interesse da administração municipal em favor do Banco do Brasil S/A, com vigência de 20/06/2006 a 19/06/2006 (60 meses), nos termos da cláusula décima quarta do Contrato nº 256/2006 e com valor total contratado de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), tendo a importância de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil) destinada para o exercício de 2006, na conformidade do parágrafo segundo, da cláusula oitava do susomencionado contrato, despesa que correrá por conta da Funcional Programática 04.122.0004.2034, Elemento de Despesa 33.90.39 e Fonte 00. (TOCANTINS. 2008. p. 1)

Trata-se de uma contratação de instituição financeira, para prestação em regime de exclusividade serviços bancários, tal seria o processamento da folha de pagamento, com duração de cinco anos. O caso em questão foi fundamentado no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno de bens produzidos ou prestados por órgão ou

entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Um dos fundamentos da justificativa se encontra no referido artigo, que afirma que o contratado trata-se de uma instituição financeira que integra a Administração Pública Federal. Conforme consta nas alegações de retorno das diligências no relatório nº 0073/2008.

a) O Contrato n 256/2006, foi formalizado após um criterioso estudo sobre a legalidade do procedimento, através da contratação direta, balizada pelos ditames do inciso VIII, artigo 24, e incisos I e III, parágrafo único, artigo 26, ambos da Lei nº 8.666/93;

b) O Banco do Brasil S.A obedece aos ditames da Lei Federal nº 6.404/76, ou seja, é uma pessoa jurídica de direito público interno, criado por lei, organizada sob a forma de sociedade anônima, de acordo com as derrogações do direito público e das Sociedades Anônimas, para a realização de atividade econômica;

c) O Município muito economizou, celebrando tal contrato, pois durante a instrução do procedimento administrativo que originou a avenca, foram juntadas

Propostas de outras instituições financeiras, e a mais vantajosa para os cofres públicos foi feita pelo Banco contratado;

d) Existe nesta Corte de Contas uma decisão favorável sobre um procedimento idêntico ao analisado, gerando tanto para os próprios Conselheiros como para os interessados o direito de solicitar ao Pleno a reinterpretação da questão de fato controversa;

e) Ao publicar o ato de Dispensa nº 04/2006, o administrador obedeceu o princípio da Economicidade, e em nenhum momento deixou de evidenciar o objeto contratado, apenas resumiu o documento em seu momento conclusivo; (TOCANTINS, 2008, p. 5)

Entre as alegações, o administrador menciona o princípio da economicidade, um princípio que analisa os atos administrativos de uma maneira mais econômica, observando a aplicação eficaz dos recursos públicos e o custo benefício. Outra alegação e a existência de um procedimento idêntico com decisão favorável analisado, o que justifica o pedido de reinterpretação do caso.

O Tribunal de Contas no voto de reexame, não só considerou ilegal a dispensa do certame como também entendeu que o objeto do contrato não se trata apenas do processamento da folha de pagamento afirmando que outro serviço também foi contratado, tendo o contrato dois objetos, como mostra trecho do contrato incluído no voto do reexame;

O presente CONTRATO tem por objeto a prestação, pelo BANCO, dos seguintes serviços ao MUNICÍPIO: Em caráter de exclusividade:

a) Centralização e processamento de créditos da folha de pagamento gerada pelo MUNICÍPIO, a serem creditados em contas dos servidores municipais no BANCO, abrangendo

servidores ativos e inativos, pensionistas e estagiários, ou seja, qualquer pessoa que mantenha vínculo de remuneração com o MUNICÍPIO, seja recebendo vencimento, salário, subsídio ou proventos e pensões, excetuando-se a quantidade de 1.000 (mil) servidores que continuarão recebendo seus proventos na Caixa Econômica Federal, doravante, para efeito deste instrumento, denominados CREDITADOS, em contrapartida da efetivação de débito na conta corrente do MUNICÍPIO, na forma das disposições do ANEXO I

b) Centralização e movimentação financeira do MUNICÍPIO, relativa aos recursos provenientes de transferências legais e constitucionais, bem como de convênios a serem assinados com qualquer órgão do governo Federal e Estadual, excetuando-se os casos em que haja previsão legal ou contratual para manutenção e movimentação dos recursos em outras instituições financeiras; (TOCANTINS. 2008. p. 9)

O relator observa que na alínea 'b' do item I da Cláusula Primeira do Contrato nº 256/2006, sobre objeto que não é relacionado com a folha de pagamento, a mencionada alínea trata da centralização e movimentação financeira do município. Desta forma ficou entendido a existência de dois objetos na dispensa de licitação nº04/2006, sendo tratado de maneira separada nesse reexame.

O Tribunal de Contas do Estado iniciou a justificativa do seu parecer esclarecendo a conceituação de Disponibilidade de Caixa, essa necessidade de definição ocorreu em resposta a uma das alegações da parte responsável pela dispensa do certame, que respondeu a primeira diligência fundamentando a dispensa no art. 164, § 3º da Constituição Federal, que dispõe *in verbis*:

Art.164 – A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

No que diz respeito a este dispositivo e importante observar que não é permitido ressalva contrária por leis estaduais ou municipais como poderia ocorrer devido a uma má interpretação do trecho final do dispositivo. Na tentativa de esclarecer a conceituação de disponibilidade de caixa o relator utilizou doutrinas e jurisprudências, como mostra trecho do voto de reexame:

(...) 9.8. De Plácido e Silva, em sua obra Vocabulário Jurídico, volume II Ed. Forense, assim blatera:

DISPONIBILIDADE. Num conceito econômico e financeiro, exprime o vocábulo a soma de bens de que se pode dispor, sem qualquer ofensa à normalidade dos negócios de uma pessoa. Indicam-se, por isso os recursos, sejam bens móveis ou imóveis, em títulos ou em dinheiro, que possam ser utilizados (vendidos, trocados, alienados) sem acarretar dificuldades a quem deles dispõe

(...) 9.28. Trouxe também o Interessado, jurisprudência do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, a qual se posiciona no sentido de que a folha de pagamento também se constitui disponibilidade de caixa, razão pela qual a Administração ficaria restringida ao licitar apenas com os Bancos Oficiais.

(...) 9.29. Porém esse entendimento já foi derrubado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando da análise do Agravo de Instrumento no Mandado de Segurança nº 700220406792007/Cível vejamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CLÁUSULA QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DE CARÁTER PÚBLICO. LICITAÇÃO DE FOLHA DE PAGAMENTO DO MUNICÍPIO. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE DISCIPLINAM A CONTRATAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O Art. 37 da Constituição da República impõe à Administração Pública o dever de impessoalidade. A impessoalidade se revela, em apertada síntese, na estrita realização da melhor forma possível e na máxima medida, do interesse público legal ou constitucionalmente previsto. O inciso XXI do mesmo art. 37 impõe o dever de realizar a licitação pública assegurando-se a igualdade de condições entre os concorrentes. Complementado a eficácia da norma constitucional, o art. 3º da Lei Nacional nº 8.666/93 impõe que o objetivo da licitação é garantir a isonomia para fins de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. (TOCANTINS. 2008. p. 10)

A disponibilidade de caixa dos Estados, Municípios e Distrito Federal, segundo o art. 164, § 3, deve ser obrigatoriamente depositada em instituições financeiras oficiais, este artigo é reforçado pelo art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Quando se fala de depósitos de disponibilidade de caixa dos órgãos públicos

não há possibilidade de concorrência, desta forma a realização do certame não encontra justificativa para sua realização.

O auditor finaliza a análise com afirmação que o caso em questão não se trata de disponibilidade de caixa, desta maneira as instituições financeiras privadas podem prestar o serviço de processamento da folha de pagamento, assim o procedimento licitatório é totalmente viável, como dispõe no voto de reexame:

9.39. Desta forma, com relação a este primeiro objeto de Processamento e Gerenciamento da Folha de Pagamento dos Servidores Municipais concluo o seguinte:

a) Por não constituir “Disponibilidade de Caixa”, os recursos da folha de pagamento de servidores podem ser depositados em Instituição Financeira Privada;

b) Sendo um objeto perfeitamente licitável, o Processamento e Gerenciamento da Folha de Pagamento dos Servidores Municipais, não pode ser Dispensado com base no Inciso VIII do art. 24, da Lei 8.666/93;

c) Não podem os Servidores ser obrigados a manter conta corrente no Banco Contratado uma vez que trata-se de seus proventos, podendo dispor da maneira que bem entender. (TOCANTINS. 2008. p. 18)

Assim, o Tribunal de Contas entendeu que a dispensa de Licitação formalizada pelo despacho nº04/2006 é ilegal, não podendo ser fundamentada no inciso VIII do art. 24, da Lei 8.666/93. De acordo com o professor Jose dos Santos Carvalho Filho a dispensa, “só alcança a hipótese em que a pessoa administrativa é da mesma órbita federativa do ente de direito público, mas não se aplica a pessoas de esferas diversas a norma não alcança pessoas da administração indireta

dedicadas à exploração de atividades econômicas”. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 227). Assim, os Estados e Municípios não podem contratar através da dispensa de licitação instituições bancárias federais principalmente nos casos de instituições que possui atividade econômica.

O serviço em questão trata-se de serviço bancário e podem ser enquadrada no art. 1º, parágrafo único da lei federal 10.520/2002, que estabelece que na aquisição de serviços comuns e bens pode-se adotar a modalidade pregão para a contratação, trata-se de serviço comum porque o objeto pode ser definido por edital utilizando especificações utilizadas no mercado, desta forma a contratação pode ser feita pela modalidade pregão. O Tribunal de Contas conclui considerando ilegal a dispensa, afirmando que os recursos públicos foram aplicados de maneira incorreta, não atendendo as disposições legais e ferindo o interesse público, como apresenta a decisão proferida no dia dez de setembro de 2008, que dispõe:

9.57. Considere ILEGAL a Dispensa de Licitação formalizada pelo Despacho nº 04/2006 de 20 de junho de 2006, do ex-Secretário de Gestão e Recursos Humanos Samuel Braga Bonilha, tendo por fundamento o art. 24, VIII13 da Lei nº 8.666/93, objetivando em caráter de exclusividade, o processamento da folha de pagamento dos servidores ativos, inativos, pensionistas e outros serviços de

interesse da administração em favor da Empresa Banco do Brasil S/A(...).

9.58. Assine prazo de 180 (cento e oitenta) dias aos Responsáveis Raul de Jesus Lustosa Filho, Prefeito de PALMAS, e o atual Secretário de Gestão e Recursos Humanos para que nos termos do art. 27, inc. II, da Lei nº 1.284/2001

promovam a anulação do Contrato n° 256/2006 nos termos do art 71, IX da Constituição Federal c/c 33 inciso VIII da Constituição Estadual c/c/c artigo 1°, inciso XII, da Lei Estadual n° 1.284, de 17 de dezembro de 2001, c/c art. 98, inc. III, do Regimento Interno, sob pena de adoção das demais medidas cabíveis previstas na legislação vigente.

(...) 9.60. Recomende aos Responsáveis a promoção de Procedimento Licitatório para selecionar Instituição Financeira, para Gerenciar e Processar a Folha de Pagamento dos Servidores Municipais, conforme aponta Doutrina e Jurisprudência de nossos Tribunais, atendendo a Resolução do Conselho Monetário Nacional-BACEN n° 3402/2006, alterada pela Resolução n° 3424/2006.

9.61. Recomende aos Responsáveis de igual forma a promoção de Procedimento Licitatório para Selecionar Instituição Financeira Oficial, para depositar sua 'Disponibilidade de Caixa', como manda o art. 37, inciso XXI, art. 173, § 1°, inciso III c/c art. 164, § 3°, todos da Constituição Federativa do Brasil; (TOCANTINS, 2008, p. 22)

Após o estudo conclui-se que a dispensa de licitação não se aplica em contratações realizadas pelos entes públicos de serviços bancários com instituições financeiras, não configurando a hipótese do inciso VII, do art. 24 da lei 8.666/93, pois a instituição financeira possui vínculo a outro ente federativo e tem atuação nas regras que se aplica a iniciativa privada. O processamento da folha de pagamento não está incluído nas exigências contidas no art.164, § 3 da Constituição Federal, desta forma a sua realização não deve ser necessariamente ocorrer

mediante instituição financeira oficial, estando à contratação submetida ao devido procedimento licitatório.

4.2 Estudo de caso real de Dispensa de Licitação declarada regular pelo Tribunal de Contas

O caso estudado trata-se de Dispensa de Licitação fundamentada no inciso XXII, art. 24 da lei 8.666/93, considerada pelo Tribunal de Contas do Tocantins como dispensa legal, ou seja, de acordo com as normas previstas em lei.

De acordo com a resolução nº 714/2008 – TCE- Pleno, o contrato foi celebrado entre o Joaquim de Sena Balduino, presidente do Departamento Estadual de trânsito – DETRAN-TO e a Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins – CELTINS, representada por Milton Takayuki Umino, Diretor Presidente da CELTINS, Plácido Gonçalves Meirelles Júnior e Ariel Vilchez, Diretor Administrativo e Diretor Financeiro respectivamente. (TOCANTINS, 2008. p. 1)

O contrato teve origem após a publicação no Diário oficial do dia 29 de janeiro de 2008 da Portaria 002/2008, respeitando a as normas estabelecidas no artigo 26 da Lei 8.666/93 que trata do procedimento administrativo que deve ser realizado nos casos de dispensa de licitação, de acordo com a resolução nº714/2008, o valor total do contrato seria de 3.120.000,00 (três milhões, cento e vinte mil reais), tendo por objeto o fornecimento de energia, como dispõe o trecho da resolução:

Contrato de nº. 002/2008 (fls. 08/13), celebrado entre o Senhor Joaquim de Sena Balduino, Presidente do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/TO e a Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins - CELTINS, representada pelos Senhores Milton Takayuki Umino – Diretor Presidente da CELTINS, Plácido Gonçalves

Meireles Júnior – Diretor Administrativo da Celtins e Ariel Vilchez - Diretor Financeiro da CELTINS, tendo como objeto o fornecimento de energia elétrica nas Circunscrições Regionais de Trânsito- Ciretran, nos Postos de Trânsito no interior do Estado e na Unidade Central do Detran de Palmas, com vigência de 12 (doze) meses (de 01.01.2008 a 31.12.2008) e com valor contratado de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) mensal, totalizando no período de 01 (um) ano a importância de R\$ 3.120.000,00 (três milhões, cento e vinte mil reais), despesa que correrá por conta da Dotação Orçamentária 3247.0006.122.0195.4001, Natureza de Despesa 33.90.39 e Fonte 40, em consenso com o disposto na Cláusula Sexta (fls. 10) do susomencionado ajuste e nos termos do extrato publicado no Diário Oficial do Estado nº. 2.591/2008, de 15/02/2008 (fls. 15). (TOCANTINS, 2008. p. 1)

Considerando a legitimidade do Tribunal de Contas do Estado para pronunciar sobre a legalidade ou não do ato de dispensa de licitação, o TCE decidiu que a dispensa atende aos requisitos intrínsecos para o afastamento do certame;

Considerando o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU sobre o assunto em testilha. Considerando que foram preenchidos os requisitos intrínsecos para efetivação do ato de dispensa de licitação, tendo como parâmetros a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e a nova Instrução Normativa nº. 002/2008, datada de 07/05/2008, publicada no Diário Oficial do Estado nº. 2.647/2008, de 13/05/2008, a qual revogou as Instruções Normativas nº. 004/2002, 004/2003, 009/2004, 011/2004 e 001/2006.

Considerando que as documentações que compõem os presentes autos demonstram o preenchimento dos requisitos ditados pela Lei nº 8.666/93, para ocorrência da dispensa de licitação, na conformidade do art. 24, XXII da susomencionada lei. Considerando, ainda, que o responsável motivou adequadamente o ato que materializou a dispensa de licitação. (TOCANTINS, 2008 p. 2)

A fundamentação da dispensa de licitação se encontra no art. 24, inciso XXII, que diz; “na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;”. O TCE esclarece que a Portaria 002/2008, engloba apenas o fornecimento ou suprimento da energia, não alcançando as contratações de concessionários e permissionários para a execução de outros serviços, hipótese que deve se submeter à licitação. Desta forma e do entendimento da Corte que a dispensa não descumpra o art. 175 da Constituição Federal, pois o dispositivo estabelece a licitação para selecionar a empresa que será contratada como concessionária e permissionária e no caso da contratação do inciso XXII do art. 24 a empresa já é concessionária ou permissionária.

No caso estudado a contratação direta e autorizada pela natureza do serviço e pelas características da prestadora de serviço, sendo esta a única concessionária do Estado do Tocantins. O TCE usou de doutrinas e jurisprudências para justificar o seu parecer positivo na análise do caso concreto, entre os fundamentos foi citado o princípio da motivação do ato público, como mostra trecho do voto;

11.12. Aliás, a motivação do ato público é um de seus fundamentos e nesse aspecto é esclarecedora a opinião do magnífico jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua sempre recorrente lição inserida na obra Curso de Direito

Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2004, 17ª edição: "Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior à ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, 'todo o poder emana do povo.

(...)' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como 'Estado Democrático de Direito' (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a 'cidadania' (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber porque foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam."

11.13. Na mesma direção é o posicionamento da renomada jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua não menos festejada obra Direito Administrativo. Atlas: São Paulo, 2000, 12ª edição: "Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. (TOCANTINS, 2008 p. 8-9)

O princípio da motivação consiste na obrigação do Estado em justificar seus atos indicando os fundamentos legais e de fato que o ampara. Através da motivação pode-se verificar se os atos administrativos estão atendendo aos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade e da legalidade.

Concluindo a análise o TCE afirma a legalidade da dispensa de licitação materializada pela portaria nº 002/2008 fundamentada no art. 24, inciso XXII da Lei 8.666/93, como mostra trecho do voto:

11.15. Em face do acima exposto, frente à análise pormenorizada e meticulosa dos presentes autos, concordando plenamente com os representantes da douta Auditoria e do Ministério Público junto ao Tribunal, com base na fundamentação supra, e num juízo acerca do interesse público, VOTO no sentido de que este Tribunal de Contas adote as seguintes providências:

I - Considere LEGAL o ato de dispensa de licitação exarado pelo Senhor Joaquim de Sena Balduino, Presidente do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/TO e materializado através da PORTARIA nº. 002/2008 (fls. 16), datada do dia 29 de janeiro de 2008, publicada no Diário Oficial do Estado nº. 2.591/2008, de 15/02/2008 (fls. 16), tendo por fundamento o art. 24, inc. XXII, da Lei nº 8.666/93, bem como o seu decorrente Contrato de nº. 002/2008 (fls. 08/13), (...). (TOCANTINS, 2008 p. 9)

Após o estudo conclui-se que a dispensa de licitação fundamentada no inciso XXII do art. 24 e aplicada nesta hipótese de contratação sendo o objeto o fornecimento de energia, a escolha deste inciso se justifica bastante quando levada

em conta toda a legislação que regula o tema energia elétrica principalmente as leis 8.987/95 e 9.074/95. Assim a dispensa realizada pelo Departamento Estadual de Transito – DETRAN tida como legal, está em consonância com a Constituição Federal e a Lei 8.666/93 que regulariza o assunto.

CONCLUSÃO

O processo licitatório tem por objetivo a escolha das propostas mais vantajosas para a Administração Pública, contribuindo com a atividade administrativa a partir do momento que vincula os atos administrativos a procedimentos claros e bem definidos dos quais não se deve fugir.

Deve-se ressaltar a importância do certame para a Gestão Pública, pois constitui garantias para o administrador e para a sociedade em relação à atuação do Estado demonstrando que os recursos estão sendo geridos de maneira adequada observando os princípios constitucionais e infraconstitucionais.

No entanto existem ocasiões que a realização do procedimento licitatório viria tão somente prejudicar o interesse público na medida em que os interesses não são apenas de cunho econômico. Devido a essas possibilidades o legislador estabeleceu hipóteses para o administrador contratar sem realizar o prévio procedimento licitatório. São os casos previstos em lei de dispensa e inexigibilidade de licitação estudados neste trabalho.

Embora seja cedida certa discricionariedade ao gestor público a legislação não o deixa livre para agir como bem entender, o administrador não pode criar hipóteses de dispensa e só poderá agir de acordo com o que determina a lei. Infelizmente alguns administradores não consideram estes valores, muitas vezes para obter vantagens pessoais ou acobertar a falta de capacidade para administrar, aproveitando da função que lhe foi conferida para burlar a lei.

Desta forma o legislador sentiu a necessidade de formar requisitos para a atuação do administrador no âmbito da dispensa de licitação, a exigência de um procedimento a ser utilizado nas contratações direta, que tem por objetivo a fiscalização, principalmente quando se tratar de análises de casos reais onde o administrador escolhe se realiza ou não o certame. Fazer mau uso da discricionariedade constitui abuso de poder, desta forma deve-se ter bastante cautela nos casos de dispensa de licitação. Configuradas situações em que o certame viria prejudicar o interesse público o administrador deve se valer das exceções da obrigatoriedade de licitar, observando o procedimento administrativo estabelecido no art. 26 da lei 8.666/93.

Atualmente existem inúmeras maneiras de fraudar a contratação pública, e vai de formas sofisticadas até as mais simples e, interessante observar, a criatividade da gestão Pública mal-intencionada, na hora de encontrar mecanismo para burlar a lei. As hipóteses de dispensa de licitação do art. 24 do estatuto das Licitações é um campo fértil para fraudes contra a Administração Pública. Entre os mecanismos mais utilizados estão o uso da emergência de forma ilegal, sendo bastante comum a "fabricação" deste estado de emergência, através da desídia do administrador ou da falta de planejamento. Outra forma bastante utilizada está fundamentada nos incisos I e II do art. 24 da lei 8.666/93, que são hipóteses de dispensa que se justifica pelo valor do procedimento licitatório ser superior ao benefício adquirido. Com base nesses artigos é comum ocorrer o fracionamento indevido do certame para que este se mantenha dentro do limite estabelecido por lei e ocorra a dispensa.

Alguns gestores tentam justificar irregularidades com a falta de entendimento ou embasando de maneira errada a dispensa, como ocorreu no estudo de caso deste trabalho onde o gestor erroneamente fundamentou a dispensa do certame em um artigo onde não se enquadra o afastamento da licitação. A dispensa de licitação deve ser vista como um dos meios de atender ao

interesse público e não como facilitador de fraudes contra a gestão pública, vícios administrativos.

Distorções na interpretação da lei não devem atrapalhar os processos licitatórios e, conseqüentemente, prejudicar o interesse público. Assim, o administrador deve ter bastante cautela na análise de caso concreto para não cometer “falhas” e irregularidades. Mesmo com o constante controle dos atos da Administração Pública, exercido por diversos entes legitimados a fiscalizar como, por exemplo, Tribunais de Contas, Controladoria-Geral da União, Ministério Público e a própria população, os casos de fraude crescem a cada dia, acontece que os mecanismos de fraudes estão se aprimorando, exigindo um maior dinamismo da fiscalização que deve se ampliar para um sistema preventivo, para que desde o início não ocorra dano ao erário público.

Existe a necessidade de capacitar os gestores públicos e adequar à lei de Licitações a realidade social, executar ações asseguradoras da legalidade dos atos administrativos e ter rapidez nas respostas aos corruptos que ferirem a Administração Pública, a participação da população na fiscalização e de grande importância, devendo ser mais estimulada pelos órgãos legitimados.

Apesar de não ser o tema do trabalho, verificou-se ao longo da pesquisa que o legislador está preocupado em manter atualizada e rígidas as regras quanto à licitação, por envolver a *res publica*, dada a existência de projetos de lei que procuram tornar o processo mais ágil e menos custoso e, principalmente, mais transparente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Tribunal de Contas da. **Instrução 02/2004**. 14 Out. 2004. Disponível em: <http://www.tcm.ba.gov.br/ftp/Instrucoes%20Internet/instrucao02-04.doc>. Acesso: 22 Mai. 2009.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129.

BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva da editora Saraiva. 5ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição Federal**. 27ª. ed. Brasília: Senado Federal, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

FERRAZ, Sérgio & FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. São Paulo : Malheiros, 3ª ed., 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição Administrativa**. São Paulo, Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo, 1998.

_____, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSA, Márcio Fernando Elis. *Direito Administrativo*. Vol. 19. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Fátima Regina. **Manual Básico de Licitações**. São Paulo: Nobel, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

TOCANTINS. Tribunal de contas do Estado do. **Criação e instalação do TCE**. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitephp/historiacri.php> . Acesso 22 Mai. 2009.

_____. Tribunal de contas do Estado do. **Decisão, Relatório e Voto**. 10 Set. 2008. Disponível em: http://www.tce.to.gov.br/PAUTA_APREC/userfiles/Decf9fa44a442d6ab854f143de6ae21af81.pdf . Acesso: 22 Mai. 2009.

_____. Tribunal de contas do Estado do. **Resolução, Relatório e Voto**. 17 Nov. 2008. Disponível em: http://www.tce.to.gov.br/PAUTA_APREC/userfiles/Decb6f864b1c9c355a8ecfdebfe43cf5929.pdf . Acesso: 22 Mai. 2009.

UNIÃO, Tribunal de Contas da. **Decisão nº. 347/94 – Plenário**. 21 jun. 1994. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.phppagina=artigos&id=1197>. Acesso: 18 Abr. 2009.