

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1184

(Ano XVI)

(06/01/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1184



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1184 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 202 *f*ls.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



PEC 8/2021: Harmonia entre o Legislativo e o Judiciário em risco?

Leonardo Sarmento, 08.

ARTIGOS

Procedimentos com a Ajuda do Juiz e Métodos Alternativos em Execução de Dívida

Eduardo Felipe Furukawa, 12.

Comprou ou vendeu imóveis nos últimos 5 anos? Você pode obter reembolso do ITBI.

Caio Meireles, 19.

A sustentação oral no agravo interno

Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 22.

A decisão do STF sobre união estável homoafetiva: um paradigma na proteção a direitos fundamentais de minorias

Vivian Leite Santos, 33.

“O trabalho infantil e o seu impacto no desenvolvimento psicológico da criança”

Daiane Teixeira da Silva e Taynara Teixeira David, 47.

A medida protetiva pode ser aplicada mesmo sem pedido (requerimento) da vítima ou contra a sua vontade, na violência de gênero no âmbito doméstico ou familiar?

Joaquim Leitão Júnior, 67.

Por que a violência contra as mulheres aumentou?

Ana Cristina Teixeira Barreto, 73.

Súmulas vinculantes e stare decisis: compreendendo os sistemas jurídicos

Gustavo Raffi Rickes, 77.

Orientações para processos seletivos simplificados

Benigno Núñez Novo e Maria do Socorro Freitas De Brito, 87.

Judicialização da saúde e políticas públicas

Lana Ferreira Andrade, 103.

A mulher e os fatores predominantes no Tráfico de Drogas na Cidade de Dourados-MS

Midian Galvão Sarmiento Castro, 116.

Princípio da presunção de inocência: execução da pena após a segunda instância.

Luiz Alberto Braga de Queiroz, 146.

Da influência neoliberal ao princípio da simetria: uma análise do contexto político-econômico atual e da aplicação automática da Reforma da Previdência a todos os entes federativos

Raphael Silva de Castro Lima, 167.

O planejamento territorial das áreas rurais nos planos diretores dos municípios da região metropolitana de Natal/RN

Anna Elisa Alves Marques e Ryanny Bezerra Guimarães, 186

PEC 8/2021: HARMONIA ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO EM RISCO?

LEONARDO SARMENTO: Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV¹.

A tripartição de poderes proclamada pelo Texto constitucional nos diz que os poderes devem ser exercidos de forma harmônica e independente. Em verdade entendemos mais preciso interpretarmos independentes, no sentido de interdependentes, pois nenhum dos "poderes" funciona sozinho, mas sim há uma cooperação entre os "poderes", por isso a harmonia como direito fundamental, "poderes" que em verdade são uno, para que se realizem as funções e atividades de uma República nos termos da organização constitucional estabelecida. Há sim, em cada um dos "poderes", uma atividade básico-essencial que não deve se comunicar em regra (há exceções expressas onde, por exemplo, o Legislativo julga e o Judiciário legisla atipicamente) mas a regra tipificada no texto constitucional é a das funções precípua, em que o Judiciário precipuamente julgará, o Legislativo legislará e o executivo executará, suas atividades típicas, autoexplicativo.

Voltando ao termo interdependência, em algumas situações percebemos que atividades de uma das Casas de Poder interferem no funcionamento da outra ou mesmo que uma das Casas de poder é chamada a se manifestar em alguma necessidade de interesse público com repercussão na outra, ou ainda, em uma atividade de ordinária acaba por interferir em questões algumas vezes interpretadas como sendo de questão "interna corporis", o que pode gerar conflitos e desarmonias pontuais, mas nem sempre. O princípio da Separação de Poderes ganha o protagonismo que lhe é inerente e acaba por ser o fiel da balança no deslinde do embate em muitas questões de hermenêuticas mais complexas.

A CCJ do Senado Federal aprovou proposta de emenda à Constituição que limita decisões monocráticas e pedidos de vista nos tribunais superiores. A PEC 8/2021.

Referida PEC veda a concessão de decisão monocrática que suspenda a eficácia de lei ou ato normativo com efeito geral ou que suspenda ato dos presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional. No caso de pedido formulado durante o recesso do Judiciário que implique a suspensão de eficácia de

¹ lbsarmento@gmail.com

lei ou ato normativo, será permitido conceder decisão monocrática em casos de grave urgência ou risco de dano irreparável, porém o tribunal julgará esse caso em até 30 dias após a retomada dos trabalhos, sob pena de perda da eficácia da decisão. Processos no STF que peçam a suspensão da tramitação de proposições legislativas ou que possam afetar políticas públicas ou criar despesas para qualquer poder também ficarão submetidos à essas mesmas regras.

A PEC ainda traz, que quando forem deferidas decisões cautelares para assegurar determinados efeitos de uma decisão final ou para impedir atos que a prejudiquem em ações que peçam declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, ou questionem descumprimento de preceito fundamental, o mérito da ação deve ser julgado em até 6 meses. Após esse prazo, ele passará a ter prioridade na pauta sobre os demais processos.

A PEC estabelece que as decisões monocráticas do STF que suspendam leis, atos do presidente da República e dos presidentes da Câmara e do Senado deixem de ser válidas. O texto impõe que essas ações devem ser votadas por pelo menos 6 dos 11 ministros.

Em alteração ao Regimento Interno em 2022, posterior ao texto original da PEC de 2021, a Corte definiu que as decisões liminares dos ministros precisam ser confirmadas pelos demais ministros da Corte em plenário virtual.

Nesse contexto, sem por ora nos apegamos às questões de constitucionalidade ou não da PEC, considerando ainda a alteração do RISTF a posteriori acima como uma melhoria, a proposta traz mudanças importantes que impedem alguns tipos de manobras monocráticas, que não raro atendem mais à interesses políticos, muitas vezes de raízes ideológico-partidárias, que propriamente ao interesse público constitucional de se oferecer a melhor prestação de justiça. Os Tribunais são por vocação essencialmente colegiados, e apenas por exceção deveriam pronunciar-se monocraticamente, deveriam abster-se de juízos monocráticos, em especial em situações de repercussão social relevante. Não é isso que se vê porém, quando inúmeras decisões relevantes são tomadas monocraticamente ferindo o princípio do Colegiado.

Outra alteração que busca a PEC toca ao tema "pedido de vistas". Sobre os pedidos de vistas feitos pelos ministros, que acontecem quando um magistrado suspende uma votação para apreciar os autos dos processos, a PEC propõe que eles devem ser feitos sempre de forma coletiva e tenham um prazo máximo de 6 meses para retorno ao plenário. Assim, se um ministro solicitar tempo extra para analisar um processo em julgamento, todos os ministros terão direito à vista.

No final do ano passado, os pedidos passaram a ter o prazo máximo de 3 meses, metade do que é proposto pela PEC. Passado esse tempo, o processo volta automaticamente ao plenário da Corte.

Nos termos da PEC, assim:

“Formulado pedido de vista, esta deve ser concedida coletivamente a todos os membros do colegiado, pelo prazo estabelecido na lei processual, não superior a seis meses, assegurada uma única nova concessão de vista pelo prazo de até três meses no curso dos julgamentos em que houver divergência entre os votos já proferidos”, expressa a PEC.

Novamente sem adentrarmos à questão da constitucionalidade ou não da PEC, a ideia de alteração é importante. Novamente ajuda na prevenção de privilégios quando os pedidos de vistas na prática revelavam-se sem prazo de retorno, assim retardando absurdamente as decisões finais em casos que se arrastam no tempo. Delimitar tempo razoável para vistas, e mais ainda, propiciar que o pedido de vista se estenda aos demais ministros que compõem o colegiado é medida de eficiência jurisdicional e de prevenção aos desvios de finalidade que os pedidos de vistas algumas vezes carregam, que é a apuração mais detalhada de questão que se revela com maior grau de complexidade e merecedora de uma análise mais acurada.

Ao fazermos uma análise crítica à PEC conforme introduzimos em nosso texto, a proposta promove indubitavelmente interferências de um dos poderes em outro, relativizado aqui o que já afirmamos ser o poder uno. Pela PEC o Legislativo interfere diretamente em procedimentos do Supremo Tribunal Federal açambarcados pelo Regimento Interno da Casa, que através deste perfaz também o "modus operandi" de seus processos e julgamentos.

Desta feita, interferências deste viés pretendido pela PEC podem ser sim percebidas como indevidas, atinentes a termos compreendidos como de "interna corporis", quando um poder não deveria imiscuir no outro. Tratam-se de temáticas em que o STF através do seu Regimento Interno dispõe de forma diversa para o seu próprio exercício constitucional. Entendido dessa forma, haveria uma agressão ao princípio fundamental da Separação do Poderes, enraizado no art. 2º da CRFB, e sim, uma de nossas Cláusulas Pétreas, nos lindes do art. 60, parágrafo 4º da Lei Maior, que não podem ser alteradas em sua parte essencial desnaturando-a. Seguindo essa interpretação, a PEC já nasceria sob a pecha da inconstitucionalidade.

Aqui vale lembrar das funções atípicas que os "Poderes" da República também praticam conforme mencionado de início. O Supremo também legisla nos termos constitucionais quando edita o seu Regimento Interno (RISTF). O Regimento Interno do Supremo estabelece a composição e a competência dos órgãos do STF, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República (aqui a PEC adentra) e a disciplina dos seus serviços. O RISTF trata da própria gestão da Casa.

Por outra perspectiva, em não se entendendo as alterações propostas pela PEC como vedadas pelo princípio da Separação de Poderes, em se entendendo pela legitimidade do Poder Legislativo em legislar sobre temas tratados expressamente pelo RISTF de forma diversa, não existiria falar em inconstitucionalidade da PEC em comento, tendo em vista ter o Regimento força de lei, portanto com base na Supremacia da Constituição, pela via de uma PEC, uma proposta de emenda constitucional poder-se-ia alterar o Regimento, de hierarquia infraconstitucional.

Em última análise, referida PEC será ou não constitucional à depender do entendimento que prevalecerá. Caso prevaleça a corrente que sustenta atingir o princípio da Separação dos Poderes, na forma que abordamos, a PEC será percebida inconstitucional no próprio Congresso ou terá declarada sua inconstitucionalidade pelo STF, se prevalecer que o Legislativo estaria legislando através de PEC de forma legitimada pela Constituição sobre lei infraconstitucional sem ferir a cláusula pétrea, a proposta terá chance de prosperar em boa parcela das suas proposições.

Apostaria pela prevalência do entendimento de que a PEC fere sim o princípio da Separação dos Poderes por tratar de assunto regimental do Supremo Tribunal Federal pelas razões que aduzimos, senão reconhecida sua inconstitucionalidade no próprio Congresso, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

PROCEDIMENTOS COM A AJUDA DO JUIZ E MÉTODOS ALTERNATIVOS EM EXECUÇÃO DE DÍVIDA

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
Bacharel em Direito, Pós-graduando, Advogado OAB/PR 119.112

Neste segmento, serão delineadas modalidades de execução do devedor com a colaboração do magistrado, iniciando-se com a consideração da Hipoteca Judicial.

O advogado incumbido da causa deverá empregar as técnicas já mencionadas em artigos anteriores. Após tal procedimento e a identificação do patrimônio do devedor, tais informações devem ser devidamente indicadas na Petição Inicial. Destaca-se, ademais, a pertinência da aplicação da Averbação Premonitória.

Em consonância com tal abordagem, é igualmente possível requerer ao magistrado a realização de consultas nos sistemas SISBAJUD e RENAJUD. Contudo, na formulação da petição inicial, é imperativo apresentar apenas esses dois sistemas, evitando pleitear a pesquisa em todos os sistemas disponíveis. A solicitação de um número reduzido de sistemas é uma estratégia visando celeridade processual e mitigação do risco de indeferimento por excesso de penhora, por parte do julgador.

Na eventualidade de não se encontrar quaisquer informações nos sistemas inicialmente mencionados, proceder-se-á gradativamente com a solicitação de pesquisa em outros sistemas. A estratégia aqui delineada visa adotar uma abordagem cautelosa, assemelhando-se à postura de um "tubarão sorrateiro", avançando com prudência, porém de maneira constante, para efetivamente acuar a "presa".

Nesse íterim, a metodologia a ser empregada consistiria na aplicação da técnica de maneira individualizada, conforme delineado no processo subsequente:

I - Para bens imóveis usa-se o sistema SREI, é a ferramenta que tem como objetivo facilitar o intercâmbio de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral. Caso na comarca o juiz não esteja cadastrado no SREI, você pede para o presidente da OAB para que o Tribunal o cadastre no sistema, caso contrário, você pode pedir um Ex-Officio para que defira o procedimento físico nos cartórios;

II – Para o próximo passo, se pode tentar o INFOJUD, ao pedir para o juiz para que peça para a Receita Federal os últimos 3 extratos da declaração do imposto de renda,

pois dá para pedir a penhora de um crédito, e pedir para o próprio creditante depositar no processo;

III - Em outra forma também podemos pedir ao juiz que venha a constar no processo, a declaração do imposto de renda do cônjuge, só que nesse caso terá que entrar nos sistemas pagos de pesquisa e pegar uma certidão de casamento. Se caso vier indeferido o pedido no Juizado Especial, é uma boa opção ir conversar pessoalmente com o magistrado para uma reconsideração, não havendo isso, em alguns estados é aceito o Agravo de Instrumento. Caso em nenhuma hipótese dê certo, faça um Mandado de Segurança, pois ele está indo contra a Lei infringindo o Princípio de Cooperação. Segundo o que o STJ estabeleceu é que o juiz não pode exigir a prova que o Exequente já buscou (RESP 1.347.222-RS). Após isso, o juiz deferindo o pedido, pode apresentar os outros sistemas para não perder tempo.

Nesse caso da exigência de provas que o Exequente já buscou, é interessante citar o voto do Exímio Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, do RESP 1.347.222-RS, sobre o assunto:

“CONSIDERANDO o disposto no art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição da República, que assegura a razoável duração do processo judicial e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 7º da Lei 11.419/2006, segundo o qual todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário e entre os deste e os dos demais Poderes serão preferencialmente realizadas por meio eletrônico;

CONSIDERANDO que os sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud são ferramentas que garantem segurança, rapidez e economicidade ao envio e cumprimento das ordens judiciais eletrônicas passíveis de registro nesses sistemas;

CONSIDERANDO que, não obstante a capilaridade e o grau de utilização desses sistemas no âmbito do Poder Judiciário, milhares de ofícios judiciais em papel, passíveis de registro nesses sistemas, ainda são encaminhados anualmente ao Banco Central do Brasil, ao Departamento Nacional de Trânsito e à Receita Federal do Brasil;

CONSIDERANDO que a remessa de ofícios em papel vem causando embaraço ao bom andamento e à celeridade processual, bem como gastos desnecessários ao Erário;

CONSIDERANDO que a remessa de ofícios em papel vem causando embaraço ao bom andamento e à celeridade processual, bem como gastos desnecessários ao Erário;

CONSIDERANDO a obrigação assumida pelo Conselho Nacional de Justiça no Convênio de Cooperação Institucional e nos Acordos de Cooperação Técnica celebrados com o Banco Central do Brasil, Ministério das Cidades, Ministério da Justiça e Receita Federal do Brasil, para incentivar a utilização e/ou adotar providências com vistas à redução ou eliminação dos ofícios em papel;

CONSIDERANDO as sugestões encaminhadas pelos Comitês Gestores dos sistemas RENAJUD e BACENJUD, bem como a aprovação pela Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Infraestrutura deste Conselho;

RESOLVE

Art. 1º Recomendar a todos os magistrados que utilizem exclusivamente os sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud para transmissão de ordens judiciais ao Banco Central do Brasil, Departamento Nacional de Trânsito e Receita Federal do Brasil, respectivamente.

[...]

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para autorizar o pedido de consulta através do sistema RENAJUD a fim localizar possíveis veículos em nome da recorrida.”

É manifesta a atenção da Corte Superior (STJ) para com a temática da celeridade e da cooperação, aspectos sobre os quais não se vislumbra qualquer questionamento ao acertado voto do eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

No que concerne ao último tópico sobre as possíveis medidas preventivas ou executivas aplicáveis a um devedor, seja ele pessoa jurídica ou física, destacam-se algumas alternativas que, de maneira surpreendente, têm sido pouco exploradas pelos profissionais do direito. Não se elucidou até o momento se essa subutilização decorre de uma lacuna de conhecimento ou se advém da percepção de sua complexidade.

Indubitavelmente, um advogado competente necessita constantemente ter estratégias reservadas. A nobreza da advocacia está intrinsecamente vinculada à

capacidade de garantir a satisfação do crédito do cliente. Em sua essência, a busca pela via judicial, em 99% dos casos, está relacionada a questões de débito, obrigações pecuniárias, cometimento de delitos ou outros aspectos pertinentes a bens materiais.

Assim, como uma primeira medida alternativa, contempla-se a solicitação do extrato de movimentação, que consiste no requerimento ao juiz para que providencie a apresentação dos autos do extrato da movimentação financeira do devedor referente aos últimos três meses.

Contudo, a formulação desse pedido específico deve ser reservada para o cenário em que a resposta do SISBAJUD seja negativa, considerando que o devedor pode receber quantias específicas em determinados dias, como é o caso de recebimentos provenientes de aluguéis.

Posteriormente, proceda com a requisição ao juiz para que solicite ao SISBAJUD a realização da pesquisa em um dia determinado, tão logo seja identificado o período em que os recursos serão creditados.

Continuando, vale ressaltar que a busca pelo saldo depositado em cartões pré-pagos, embora pouco conhecida, representa uma prática que frequentemente é adotada por indivíduos que enfrentam dificuldades financeiras e desejam evitar o rastreamento de seus recursos ao transferi-los para um cartão de crédito pré-pago.

O cartão de crédito pré-pago apresenta a peculiaridade de não ser visível no SISBAJUD. Diante dessa circunstância, torna-se imperativo requerer ao juiz que officie para verificar se o devedor detém um cartão pré-pago, especificando as principais empresas no pedido. Conseqüentemente, é viável convocar essas empresas a prestar esclarecimentos acerca da existência de conta vinculada ao devedor.

Outra possibilidade que não se reflete nos sistemas convencionais, mas que constitui uma linha de investigação relevante, refere-se às cotas de consórcio do devedor. Este elemento em particular não é evidenciado no SISBAJUD, sendo a abordagem técnica semelhante à previamente delineada para o caso do Cartão de Crédito Pré-Pago.

Ademais, nem todos detêm o conhecimento acerca da possibilidade de requerer a penhora de um crédito futuro, ou seja, a busca por recursos junto aos intermediadores de pagamento.

Num cenário em que o devedor figura como uma varejista, é praticamente certo que ele faça uso de uma máquina de cartão para receber pagamentos. Conseqüentemente,

aqueles que utilizam esse meio precisam solicitar à intermediadora a transferência dos fundos para suas contas, o que pode resultar em um saldo zerado no SISBAJUD.

A verdadeira oportunidade reside na solicitação da penhora dos valores ainda não recebidos pela intermediadora, especialmente nos casos de parcelamentos. Essa prática encontra respaldo no artigo 866 do Código de Processo Civil, constituindo uma estratégia legalmente permitida.

Art. 866 CPC. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

Nessa situação, ao invés de os valores seguirem para a intermediadora e, posteriormente, esta repassar o montante ao devedor, a quantia é direcionada de imediato para o processo de penhora.

Uma estratégia adicional consiste em realizar uma compra na empresa em questão, atentando para identificar em qual nome o devedor está efetivamente recebendo, sendo tal informação registrada na nota fiscal.

Em uma hipótese ainda mais específica de medidas alternativas, contempla-se a busca por semoventes, ou seja, animais, como uma possível forma de garantir o cumprimento de obrigações.

Isso é amplamente utilizado em processos de execução contra ruralistas, dado que grande parte de seu patrimônio consiste em animais destinados à produção e reprodução. Nesse contexto, a busca é realizada no estado onde ocorre a execução, sendo crucial identificar o órgão administrativo responsável pelos animais no referido estado. Quando ocorre a venda, tal movimentação é registrada junto a esse órgão. Dessa forma, na petição, é requerido o Ex-Officio para a busca de semoventes, uma vez que essa diligência não pode ser executada extrajudicialmente.

Diante da especificidade mencionada, destaca-se a busca por embarcações. Contudo, é importante salientar que, até a data desta escrita em 20/11/2021, ainda não existe um sistema informatizado destinado a essa finalidade.

Entretanto, é válido observar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) está atualmente desenvolvendo o NAVIJUD. Atualmente, as informações sobre embarcações, incluindo jetskis, motores de popa, entre outros, são mantidas pelo órgão responsável, a Capitania dos Portos.

O desafio reside no fato de que é necessário deslocar-se até a Capitania para verificar se o bem está de fato registrado. No entanto, considerando que cada estado possui sua própria Capitania, essa questão pode representar um significativo obstáculo prático.

Após a devida verificação e identificação do registro na Capitania, é possível requerer ao juiz a penhora do que consta nesse registro. Essa solicitação também pode ser incluída na Averbação Premonitória mencionada anteriormente, especialmente quando existe a possibilidade de simulação. Essa medida adiciona uma camada de proteção ao garantir que o patrimônio declarado seja efetivamente penhorável.

A mesma lógica se aplica no caso de aeronaves, onde os registros são controlados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Nesse contexto, o procedimento prático é semelhante ao da Capitania dos Portos, sendo necessário solicitar ao juiz que oficie a ANAC para verificar e, se necessário, penhorar o bem conforme o registro identificado.

Ao abordar as técnicas disponíveis, vale mencionar a busca por criptomoedas. Conscientes de que as criptomoedas são frequentemente consideradas como ativos de difícil rastreamento, uma vez que suas transações operam de maneira descentralizada e fora do escopo de governanças tradicionais, essa abordagem destaca-se como uma consideração importante ao lidar com questões de execução e penhora de ativos.

Contudo, é possível adotar uma abordagem proativa ao incluir, na petição inicial, as corretoras mais conhecidas ou aquelas sobre as quais o advogado tenha suspeitas de que o devedor possua conta. Nesse sentido, solicitar ao juiz que oficie essas corretoras para verificar a existência de conta e valores dentro da plataforma, seguido pelo pedido de bloqueio e penhora, representa uma estratégia adiantada e eficaz no contexto das criptomoedas.

Por fim, mas não menos relevante, destaca-se a busca por créditos provenientes de programas de fidelidade, créditos vinculados a notas fiscais e créditos de aplicativos. Essa abordagem assemelha-se, em sua essência, aos procedimentos anteriormente mencionados, abarcando a verificação e subsequente penhora desses ativos como parte integrante das estratégias de execução.

É crucial atentar para as principais empresas do setor, ou aquelas sobre as quais o advogado suspeite que o devedor possua conta e créditos. Solicitar ao juiz que oficie essas empresas, como exemplificado no caso do Ifood, Uber, GetNinja, entre outras, permite uma abordagem estratégica para identificar e eventualmente bloquear tais créditos como parte do processo de execução.

No presente capítulo, exploramos a variedade de abordagens que um credor dispõe para assegurar seus créditos junto ao devedor, sem necessariamente recorrer à esfera judicial e buscar a desconsideração da personalidade jurídica. Vale destacar que, dependendo do regime ao qual a empresa devedora esteja sujeita, como é o caso das sociedades limitadas (LTDA), a obtenção de tais créditos pode representar um desafio considerável.

COMPROU OU VENDEU IMÓVEIS NOS ÚLTIMOS 5 ANOS? VOCÊ PODE OBTER REEMBOLSO DO ITBI.

CAIO MEIRELES: Advogado graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com atuação profissional na área de contencioso cível².

Seja para fins de investimento a longo prazo, ou visando a simples aquisição de um lar em busca do conforto e a segurança ideal para sua família, as operações imobiliárias estão presentes no cotidiano da maioria dos brasileiros.

Desse modo, não é segredo para ninguém que a regularização dos imóveis recém adquiridos depende de uma série de procedimentos burocráticos e custosos, os quais só se concretizam após o pagamento de alguns tributos, sendo o mais conhecido entre eles, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, também chamado de ITBI.

Este imposto consiste em um tributo recolhido em operações imobiliárias e possui competência municipal, ou seja, sua alíquota pode variar de Município para Município.

Entretanto, nem todos sabem que, apesar de imprescindível o pagamento do ITBI nas aquisições imobiliárias, seu recolhimento pode ser consideravelmente amortizado quando observado o último entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a base de cálculo do Imposto.

Portanto, servirá o presente artigo como forma de desvendar se suas operações imobiliárias se encontram passíveis ou não da amortização no recolhimento do ITBI, inclusive com a possibilidade de devolução da quantia já recolhida em “excesso”,

DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme já amplamente divulgado pela mídia, o STJ consolidou seu entendimento a respeito de qual seria a CORRETA base de cálculo a ser utilizada durante o recolhimento do ITBI em operações imobiliárias (Tema Repetitivo nº 1.113).

Sendo assim, a Corte Superior estabeleceu a seguinte entendimento sobre o tema:

² caio@bpadvogados.com.br

A base de cálculo CORRETA para o recolhimento do tributo consiste no VALOR DA TRANSAÇÃO do imóvel adquirido, e não o valor do IPTU como corriqueiramente utilizado pelo Município.

O valor da transação imobiliária goza da PRESUNÇÃO DE VERACIDADE, o que somente pode ser afastada através da instauração de um processo administrativo próprio.

O Município não pode ARBITRAR PREVIAMENTE A BASE DE CÁLCULO do ITBI com respaldo em valor de referência estabelecido unilateralmente.

Pois bem, importante observar que este novo entendimento consiste em um modelo consideravelmente distinto daquele adotado pela maioria dos Órgãos Municipais espalhado pelo país, de modo que não só muda a base de cálculo para o recolhimento do Tributo, mas como também, presume verídico o valor trazido declarado pelos contribuintes como àquele transacionado.

Mas a pergunta que fica é: *Na prática, como tal mudança de entendimento pode beneficiar o contribuinte?*

EM QUAIS CASOS POSSO OBTER REEMBOLSO DO ITBI?

Para melhor compreendermos a mudança causada pela decisão do STJ, tomamos como exemplo um caso hipotético em que você leitor tenha adquirido um imóvel residencial.

Referido imóvel foi adquirido pelo valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) tendo em vista a condição de mercado em que se encontrava (necessidade de reforma, existência de débitos, ou qualquer outra razão que afete o valor de mercado do bem).

Entretanto, ao lavrar a Escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel, o valor para recolhimento do ITBI desta transação utilizou como base de cálculo o valor venal do imóvel cadastrado junto à Prefeitura, na quantia de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Pois bem, levando em conta que neste caso hipotético o Município cobre a alíquota de 3% a título de ITBI, o imposto nesta operação imobiliária é de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Contudo, observando-se o novo entendimento do STJ, o valor correto para recolhimento do tributo seria de 3% de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), equivalendo à quantia de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Portanto, é possível observar que há uma expressiva diferença de valores quando comparado o recolhimento feito anteriormente e a nova forma entendida pelo STJ, sendo que, caso fosse aplicado o mais recente entendimento no caso concreto descrito acima, você leitor teria economizado o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) em impostos.

Assim, infere-se que este novo entendimento manifestado pelo STJ pode ser aproveitado pelo contribuinte, desde que:

O valor da transação imobiliária seja INFERIOR àquele já utilizado no recolhimento do ITBI (Na maioria das vezes o valor venal de referência);

O recolhimento do ITBI tenha sido efetuado dentro dos últimos 5 (cinco) anos tendo em vista o prazo decadencial previsto pelo Código Tributário Nacional;

O valor da transação esteja de acordo com as condições do imóvel dentro do mercado, sendo que, caso haja uma grande discrepância entre os valores declarados, a prefeitura poderá instaurar um procedimento administrativo para apurar a ocorrência de fraude pelos contribuintes.

Dessa maneira, caso o recolhimento de ITBI se encaixe nos requisitos acima, entende-se que poderá ser ajuizada uma AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO pleiteando a devolução da diferença paga em excesso ao fisco.

Ainda, importante comentar que, mesmo na hipótese de que uma transação imobiliária ainda não tenha sido finalizada, o contribuinte poderá ajuizar um Mandado de Segurança Preventivo contra o Município caso o Órgão Municipal insista em calcular o ITBI com a utilização da base de cálculo distinta daquela entendida pelo STJ.

Por fim, vale lembrar que o entendimento manifestado pelo STJ foi remetido à análise do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo necessário, portanto, observarmos os próximos passos sobre o tema.

Contudo, tal fato não impossibilita desde já o ajuizamento da referida ação para o reembolso dos valores que, inclusive, já tem provocado uma corrida dos contribuintes ao Poder Judiciário com diversas ocorrências frutíferas na devolução dos valores pagos em excesso.

A SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO INTERNO

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal e Professor. Graduou-se em Segurança Pública (1989) e em Direito (1994). É especialista Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre (2002) e Doutor em Direito (2015).³

1. Introdução

O estudo que será desenvolvido tem suscitado diversos questionamentos e foi inserido na lei em um momento complicado, tendo a iniciativa partido de um político contaminado por valores ditatoriais, eis que o pai do parlamentar que propôs a lei é filho de um político que construiu grande parte da sua trajetória durante a ditadura militar e foi o último Ministro da Justiça dos governos militares.

Estamos vivendo um momento em que a democracia vem sendo duramente atacada, no qual crescem os movimentos tendentes a desmoralizarem o Poder Judiciário, seguimentos do Poder Legislativo e toda “política de esquerda”.

A Lei n. 8.906, de 4.7.1994 (Estatuto da Advocacia), no atual contexto, contou com proposta de alteração de iniciativa do Deputado Federal Paulo Abi-Akel (PSDB-MG), apresentado no dia 26.1.2020, sob o seguinte argumento:

...tudo com o objetivo de adequá-lo às novas exigências do mercado e aos novos tempos, reforçando o feixe de prerrogativas agrupadas sob o epíteto “inviolabilidade do advogado”, que a Constituição Federal e o próprio Estatuto assegura a esses profissionais, sempre com vistas a proteger a sociedade civil de ações arbitrárias que possam ser perpetradas pelo Estado.⁴

Advogados travam uma luta para terem efetiva equiparação a Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, sendo que o projeto surgiu em um momento que se difundia o ódio contra instituições constituídas, especialmente, Poder Judiciário. Então, em

³ É autor dos livros (todos publicados pela Editora Atlas): *Prescrição penal* (7 ed.); *Execução criminal: teoria e prática* (4 ed.); e *Comentários à lei antidrogas*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006. E-mail: sidiojunior@gmail.com

⁴ ABI-ACKEL, Paulo. Projeto de Lei n. 5.284/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1944297&filename=P&filena me%205284/2020>. Acesso em: 28.11.2023, às 16h59.

um discurso de proteção à classe dos Advogados, aduzindo ser um aumento das garantias à categoria, um instrumento para defesa da coletividade, foi proposta a inserção do § 2º-B no art. 7º do EOAB.⁵

2. O alarde momentâneo

Não pode ser democrático pretender destruir a Corte Constitucional de um Estado. No entanto, os ataques a ela e seus Ministros só têm crescido. Isso não representa democracia, especialmente quando se concretizam em projetos de lei e projetos de emenda à Constituição.

O Ministro Alexandre de Moraes, pessoa que não tem o meu apreço, recebeu o duro mister de conduzir o inquérito judicial instaurado para apurar atentados contra o STF, os fatos iniciais trouxeram muitos desdobramentos e o Ministro conduziu com muita coragem a investigação, o que resultou em muitas críticas de uma minoria da população. Minoria, mas muito barulhenta.

Tudo piorou porque repetimos os ataques *trumpistas* ao Capitólio, fizemos arruaças e praticamos crimes.⁶ Entendo que o STF está exagerando nas condenações, aplicando penas por crimes inconciliáveis e errando na aplicação dos critérios do Código Penal que norteiam a dosimetria da pena.⁷ Isso não nos dá, por si mesmas, razões para destruir o regime democrático de direito. Recorramos das decisões, resgatemos direitos, uma vez que destruir a democracia não é a solução adequada para qualquer povo que pretenda melhorar em direitos, especialmente, ao de liberdade.

3. O ponto central: norma processual e norma procedimental

Em apertada síntese, poderia afirmar que norma processual é aquela que estabelece os direitos e os deveres dos sujeitos processuais, enquanto a norma

⁵ Ibidem.

⁶ Veja-se os notórios fatos de 8 de janeiro de 2023. Neles, uma turba conduzida por falsos democratas, os quais buscavam um golpe de estado, depredaram a Praça dos Três Poderes de Brasília, destruindo bens de elevados valores históricos e financeiros. Um vandalismo sem precedentes em nome da democracia. Ora, liberdade de expressão tem limites, todos brasileiros sabem ou deveriam saber disso.

⁷ Já escrevi sobre isso alhures. Veja-se: MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Análise da condenação de Aécio Lúcio Costa Pereira pelos atos antidemocráticos de 8.1.2023. Publicado em 17.11.2023. Disponível em: <<https://sidiojunior.blogspot.com/2023/11/1.html>>. Acesso em: 28.11.2023, às 19h45.

procedimental informa o ato processual em si. No entanto, o STF já deixou muito claro ser essa uma distinção complicada.⁸

Entendo que a nova lei não tem poder de alterar o regimento interno, visto que o agravo interno nada mais é do que o agravo regimental, quem o regula é o regimento

8 STF. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 90.900-SP. Redator do acórdão: Ministro Menezes Direito. Julgamento em 30.10.2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581>>. Acesso em: 29.11.2023, às 9h36. Para não deturpar, esclareço que o *habeas corpus* pedia para declara inconstitucional a Lei n. 11.819, de 5.1.2005, do Estado de São Paulo, que dispôs em seu art. 1º: "*Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais*". Por isso apresento o que considero esclarecedor dos votos:

A Ministra Ellen Gracie, originalmente relatora, expôs no seu voto:

5. O tema envolve procedimento, e não processo penal e, por isso, autoriza a edição de lei estadual ou distrital para regulá-lo (CF, art. 24, XI). Processo é o conjunto de atos processuais interligados pelos vínculos da relação jurídico-processual, ao passo que o procedimento consiste na ordem, forma e sucessão de tais atos processuais. (p. 12/65)

O voto divergente do Ministro Menezes Direito foi o vencedor, o qual invocou o art. 185 do CPP, o qual explicitamente regulou a matéria, portanto, o art. 22, inciso I, da Constituição Federal impede que o estado membro legisle sobre o interrogatório por videoconferência. Corroborando à divergência, a Ministra Cármen Lúcia afirmou:

... a eminente Ministra-Relatora considerou ser de procedimento e não de processo. Eu considero que processo é meio e procedimento é modo. Trata-se de meio, do processo pelo qual se chega a um determinado objetivo. Portanto, para mim, isso é matéria processual não expugnável pela via da legislação estadual, porque contraria exatamente o artigo 22, inciso I. (p. 20/65)

O Ministro Ricardo Lewandowski, considerando ser o interrogatório ato de defesa, portanto material, acompanhou a divergência (p. 2365 a 24/65). Aduzindo ser conveniente falar quando não se tem nada a acrescentar, acompanhando a divergência, o Ministro Eros Grau se manifestou no sentido de voto anterior em que se juntou ao Ministro Cezar Peluso, citado pela Ministra Ellen Gracie como contrário ao voto dela, ou seja, pela concessão da ordem (p. 25/65).

Aduzindo ser norma de procedimento, o Ministro Carlos Britto, citou livro da sua autoria para dizer que o modo de realização de cada um dos atos do processo é procedimento. A leitura do seu voto se torna interessante porque, por outro motivo, de ordem material, divergiu da relatora (ver f. 26/65 a 29/65). Corroborando o voto do Ministro Cezar Peluso, visto que entende que a norma afeta direito material, portanto, inconstitucional. (p. 30/65 a 54/65).

O Min. Marco Aurélio, invocando a posição do Ministro Cezar Peluso, o acompanhou, a fim de conceder a ordem de *habeas corpus* (p. 55/65 a 57/65). O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, reafirmou sua posição, na qual negou inconstitucionalidade material, concedendo a ordem por inconstitucionalidade formal (p. 68/65 a 64/65).

interno não a lei processual geral. Muitos Advogados não lerão o presente texto e, mesmo assim, o criticarão.

A distinção entre norma processual e norma procedimental é algo complicado. De todo modo, não podemos nos olvidar que a modificação do Estatuto da OAB se deu em um momento em que há notória crise entre os Poderes Legislativo e Judiciário e oportunistas querem se valer disso para se autopromoverem.

Não podemos nos olvidar que parte de parlamentares se elegeram a partir de movimentos *trumpistas* de suposta direita e que eles recentemente subiram em palanques para bradarem contra o Ministro Alexandre de Moraes,⁹ aquele que é relator dos processos criminais que estão resultando nas condenações daqueles que participaram de atos antidemocráticos de 8.1.2023.

3.1 Defesa da democracia em tempos de crise

Não tenho vontade de ser Juiz, ocupar algum “quinto” em qualquer tribunal, razão de ser isento o suficiente para defender a Democracia, a qual exigirá, no mínimo, 3 poderes. O grande problema é aquilo que venho advertindo desde 2015, pouco depois da deflagração da *operação lavajato*, fazendo um paralelo com aquilo exposto pelo ex-Juiz Federal Sérgio Fernando Moro acerca da *operação “mani pulite”*¹⁰ e as suas péssimas consequências na Itália, eis que ali o parlamento adotou uma série de medidas que fortaleceu a corrupção, ao contrário do seu combate.¹¹ E, conforme demonstrei, é em

9 ARREGUY, Juliana. Em ato contra morte de patriota, bolsonaristas miram STF e “Xandão”: ato na Avenida Paulista neste domingo reuniu parlamentares e simpatizantes de Bolsonaro; Salles foi recebido com gritos de “prefeito”. Brasília: Metrôpoles. Notícias Brasil, 26.11.2023. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/sao-paulo/em-ato-contra-morte-de-patriota-bolsonaristas-miram-stf-e-xandao>>. Acesso em: 29.11.2023, às 8h45.

10 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. O artigo de autoria do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, de 2004, sobre a Operação Mãos Limpas, “Mani Pulite”, evidenciando suas práticas na Operação Lava Jato. Publicado em 15.9.2015. Disponível em: <<https://sidiojunior.blogspot.com/2015/09/o-artigo-de-autoria-do-juiz-federal.html>>. Acesso em: 29.11.2023, às 6h28.

11 Na Itália, no auge da Operação Lava Jato, já se dizia que a Operação Mãos Limpas incrementou a corrupção. Veja-se:

Mas para o cientista político Alberto Vannucci, um dos maiores estudiosos da Operação “Mãos Limpas” na Itália, que serviu de inspiração para a Lava Jato, investigações judiciais não conseguem acabar com a corrupção em um país quando ela é sistêmica.

“Inquéritos judiciais, mesmo quando bem-sucedidos, podem colocar na cadeia alguns políticos, burocratas e empresários corruptos, mas não conseguem acabar com as causas enraizadas da corrupção”, disse ele à BBC Brasil.

nome da defesa da sociedade que surgiu a alteração da Lei n. 8.906/1994, o que se deu pela edição da Lei n. 14.365, de 2.6.2022, que inseriu dentre as prerrogativas do Advogado (art. 7º):

§ 2º-B. Poderá o advogado realizar a sustentação oral no recurso interposto contra a decisão monocrática de relator que julgar o mérito ou não conhecer dos seguintes recursos ou ações:

I - recurso de apelação;

II - recurso ordinário;

III - recurso especial;

IV - recurso extraordinário;

V - embargos de divergência;

VI - ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, habeas corpus e outras ações de competência originária.

Há poucos dias, *viralizou*¹² na rede mundial de computadores um vídeo no qual um Advogado pediu para fazer sustentação oral porque o relator do seu recurso mudou o voto e, à unanimidade, a turma desproveu o recurso do seu cliente.¹³ Vejam o absurdo, valer-se do art. 301 do Código de Processo Penal,¹⁴ em substituição aos constitucionais

E mais. Para Vannucci, que é professor da Universidade de Pisa, a Mãos Limpas italiana ainda acabou permitindo o surgimento de mecanismos mais sofisticados de corrupção no país. (*In* BANDEIRA, Luíza. A operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador. BBC Brasil em Londres, 17.3.2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab>. Acesso em: 28.11.2023, às 6h20.

¹² Palavra decorrente do necessário neologismo dos novos tempos. *Viralizar* é o conteúdo da rede mundial de computadores que ganha repercussão, às vezes inesperada, na rede, como se fosse uma *epidemia*, uma vez que é compartilhado inconscientemente ou quase assim.

¹³ O GLOBO. Brasil. Rio de Janeiro. Advogado que deu voz de prisão a Desembargador em tribunal diz que vídeo foi editado: Tiago Jonas Aquino afirmou, também, que não sabia que estava sendo filmado. Publicado em 25.9.2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/09/advogado-que-deu-voz-de-prisao-a-desembargador-em-tribunal-diz-que-video-foi-editado.ghtml>>. Acesso em: 29.11.2023, às 8h28.

¹⁴ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

princípios do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV)¹⁵ e do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV)¹⁶, o que pressupõe valer-se de todos os recursos em Direito admissíveis. Todavia, optam-se por redes sociais e movimentos populares desatinados, em desprestígio ao Direito e à democracia.

Advogados e pessoas manipuladas estarem difundindo a ideia de que Juízes, Desembargadores de Justiça e Ministros podem ser presos por Advogados só geram instabilidade e representam acinte à democracia, até porque a matéria deve ser discutida juridicamente.

O Ministro Alexandre de Moraes não é meu amigo. Não tenho razões para pretender advogar em seu favor. Mas, reconheço, ele lutou para ser Ministro do STF e tinha todos os requisitos para tal, os quais se mantém incólumes. Em favor da posição do referido Ministro do STF está o Código de Processo Civil, *in litteris*:

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

(...)

VI - o julgamento de agravo interno;

O preceito evidencia que o agravo interno é uma exceção e como tal deve ser tratado. Portanto, a discussão merece ser amadurecida mediante adequado procedimento.

3.2 Aprofundamento necessário

A União legisla privativamente sobre normas processuais e, concorrentemente, os estados-membros e o Distrito Federal legizam sobre normas procedimentais (respectivamente, CF, art. 22, inciso I; e art. 24, inciso XI). Mas, isso informa pouco, até porque a mesma Constituição preceitua:

¹⁵ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁶ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e ***elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes***, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Não existirá conflito insuperável de lei federal com lei estadual, visto que existindo dúvida sobre o que constitui norma geral e o que é norma especial, deverá o Poder Judiciário interpretar e caso, mesmo assim, o estado membro não queira cumprir a lei federal, será a hipótese de intervenção na unidade federativa (CF, art. 34, inciso VI).

Niklas Luhmann propunha uma formação autopoietica do Direito, a qual se dá mediante a comunicação que passa por um procedimento de comunicação que se consolida pela tradição. A corrupção da comunicação importará em alopoiese, o que pode ser exemplificado por imposições abrutadas de um (sub)sistema social sobre outro. No caso, teríamos alopoiese pela pressão exercida pelo (sub)sistema político sobre o (sub)sistema jurídico.

Há muitos anos que o Brasil vem desenvolvendo um sistema que valorize aquilo que J.J. Calmon de Passos denominava de "eudeusada celeridade processual". Com efeito, a Constituição Federal previu a criação de Juizados Especiais cíveis e criminais (art. 98). A Lei n. 9.099, de 26.9.1995, regulou esse artigo. Mais tarde, a Emenda Constitucional n. 22, de 18.3.1999, inseriu o parágrafo único no mencionado art. 98 para autorizar a criação de juizados especiais federais, o qual foi regulado pela Lei n. 10.259, de 12.7.2001.

Na linha da celeridade processual, instituímos a antecipação da tutela (Lei n. 8.952, de 13.12.1994), instituímos a ação monitória (Lei n. 9.079, de 14.7.1995) e passamos pela execução mais célere (Lei n. 10.444, de 7.5.2002; e Lei n. 11.232, de 22.12.2005), instituindo um processo sincrético, mantido no Código de Processo Civil vigente (Lei n. 13.105, de 18.3.2015). Esses são alguns exemplos de uma luta por processos mais céleres, estando a Lei n. 14.365/2022 na contramão desse processo legislativo.

Quando penso na ação comunicativa proposta por Jürgen Habermas, verifico que o seu princípio do "u", uma regra de universalidade que tende ao consenso da ação comunicativa na sociedade complexa, parece ter sido olvidada pelo Poder Legislativo ao instituir o § 2º-B no art. 7º do EOAB.

Moacir Amaral Santos (1902-1983) ensina que as leis processuais fazem a organização judiciária, disciplinam a capacidade das partes e estabelecem as formas de atuação, os direitos e os deveres dos órgãos jurisdicionais e das partes no processo, a forma e os efeitos dos atos processuais.¹⁷

Não se pode olvidar que na construção da teoria das normas processuais, desenvolvida por Francesco Carnelutti (1879-1965), a função do processo, que é a composição de conflitos para aplicação da lei processual ao caso concreto, firmando o poder-dever do Juiz, suas obrigações quanto aos direitos das partes, bem como as obrigações das partes e de terceiros correlativos aos direitos das partes. Enfim, o processo tem a finalidade composição de conflitos de interesses deduzidos no processo e determinados pelo processo.¹⁸

O caráter instrumental das normas processuais é destacado por José Frederico Marques (1912-1933), eis que tais normas disciplinam a aplicação das normas substanciais, regulando a competência para fazê-la atuar, regulando os meios para tornar as normas substanciais efetivas e as vias adequadas para provocar o seu cumprimento e efetivação.¹⁹

O Estatuto da OAB prevê, dentre os direitos do Advogado (art. 7º):

IX - sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;

O STF declarou esse dispositivo inconstitucional por entender que pospor a sustentação oral ao voto do relator causa tumulto processual.²⁰ O Ministro Alexandre tem

17 SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, p. 25.

18 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*. São Paulo: Cassic Book, 2000. v. 1, p. 144-146.

19 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 60.

20 STF. Tribunal Pleno. ADI 1.105. Redator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 17.5.2006. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611992>>. Acesso em: 1.12.2023, às 8h59. Segue ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º, IX, DA LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS

conhecimento disso, até porque cita a ADI n. 1.105 e a liminar deferida pelo STF, quando o relator era o Ministro Paulo Brossard. Mais ainda ele cita a ADI n. 1936, na qual se impugnava o art. 161 do Regimento Interno do TJPE. A liminar se firmou na tese de que o art. 96, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, estabelece a competência privativa dos tribunais para elaboração dos seus regimentos internos.²¹²²

4. Conclusão

Não vejo declaração de inconstitucionalidade na decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, ao indeferir sustentação oral em agravo interno. Fez prevalecer a norma especial, em face da geral.

A ampla defesa se dará na forma da lei. Outrossim, parece-me haver precedente do STF a dar supedâneo à ideia de que o EOAB não pode se sobrepor ao regimento interno do STF, no tocante ao procedimento durante a sessão de julgamento do agravo interno.

Adotando a posição da Ministra Cármen Lúcia, citada na nota de rodapé n. 6 deste texto, entendo que a sustentação é **modo** e não **meio** para a ampla defesa, uma vez que

DO BRASIL. SUSTENTAÇÃO ORAL PELO ADVOGADO APÓS O VOTO DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

I - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes.

II - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.

21 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1374-1375.

22 STF. Tribunal Pleno. ADI n. 1.936-PE. Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 21.8.2002. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266804>. Acesso em: 1.12.2023, às 9h10. Segue a ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º, IX, DA LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SUSTENTAÇÃO ORAL PELO ADVOGADO APÓS O VOTO DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

I - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. II - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.

o **meio** é a própria interposição do agravo interno contra a decisão monocrática impugnada.

Ao meu sentir, existem precedentes do STF que permitem entender que a norma especial do regimento interno deverá prevalecer perante a norma geral do artigo 7º, § 2º-B, da Lei n. 8.906/1994.

Referências:

ABI-ACKEL, Paulo. Projeto de Lei n. 5.284/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1944297&filename=P&filename%205284/2020>. Acesso em: 28.11.2023, às 16h59.

ARREGUY, Juliana. Em ato contra morte de patriota, bolsonaristas miram STF e "Xandão": ato na Avenida Paulista neste domingo reuniu parlamentares e simpatizantes de Bolsonaro; Salles foi recebido com gritos de "prefeito". Brasília: Metrôpoles. Notícias Brasil, 26.11.2023. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/sao-paulo/em-ato-contra-morte-de-patriota-bolsonaristas-miram-stf-e-xandao>>. Acesso em: 29.11.2023, às 8h45.

BANDEIRA, Luíza. A operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador. BBC Brasil em Londres, 17.3.2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab>. Acesso em: 28.11.2023, às 6h20.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. introdução e função do processo civil. São Paulo: Cassic Book, 2000. v. 1, p. 144-146.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 60.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Análise da condenação de Aécio Lúcio Costa Pereira pelos atos antidemocráticos de 8.1.2023. Publicado em 17.11.2023. Disponível em: <<https://sidiojunior.blogspot.com/2023/11/1.html>>. Acesso em: 28.11.2023, às 19h45.

_____. O artigo de autoria do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, de 2004, sobre a Operação Mãos Limpas, "Mani Pulite", evidenciando suas práticas na Operação Lava Jato. Publicado em 15.9.2015. Disponível em: <<https://sidiojunior.blogspot.com/2015/09/o-artigo-de-autoria-do-juiz-federal.html>>. Acesso em: 29.11.2023, às 6h28.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1374-1375.

O GLOBO. Brasil. Rio de Janeiro. Advogado que deu voz de prisão a Desembargador em tribunal diz que vídeo foi editado: Tiago Jonas Aquino afirmou, também, que não sabia que estava sendo filmado. Publicado em 25.9.2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/09/advogado-que-deu-voz-de-prisao-a-desembargador-em-tribunal-diz-que-video-foi-editado.ghtml>>. Acesso em: 29.11.2023, às 8h28.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

STF. Tribunal Pleno. ADI 1.105. Redator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 17.5.2006. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611992>>. Acesso em: 1.12.2023, às 8h59.

STF. Tribunal Pleno. ADI n. 1.936-PE. Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 21.8.2002. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266804>>. Acesso em: 1.12.2023, às 9h10.

STF. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n. 90.900-SP. Redator do acórdão: Ministro Menezes Direito. Julgamento em 30.10.2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581>>. Acesso em: 29.11.2023, às 9h36.

A DECISÃO DO STF SOBRE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UM PARADIGMA NA PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MINORIAS

VIVIAN LEITE SANTOS: formada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Assessora Jurídica no Ministério Público Federal em Sergipe²³

RESUMO: No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277 conferindo às uniões estáveis homoafetivas o status de entidades familiares destinatárias de tutela jurídica equivalente às uniões estáveis entre pessoas heterossexuais, a partir de uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil. O julgado é paradigmático na tutela dos direitos de minorias, e foi alicerçado na ideia de que o conceito de entidade familiar sofreu alterações substanciais ao longo do tempo, bem como na concepção de que o art. 226 da Constituição Federal comporta uma verdadeira cláusula geral de inclusão de modelos familiares distintos.

Palavras-chave: união homoafetiva; entidade familiar; princípios constitucionais; afetividade; pluralidade; proibição constitucional de discriminação; direito ao reconhecimento; direito de busca da felicidade; cláusula geral de inclusão.

ABSTRACT: In 2011, the Federal Supreme Court held a joint judgment on ADPF 132 and ADI 4277, granting homoaffective stable unions the status of family entities receiving legal protection equivalent to stable unions between heterosexual people, based on an interpretation in accordance with the Constitution of the article 1,723 of the Civil Code. The ruling is paradigmatic in the protection of minority rights, and was based on the idea that the concept of family entity has undergone substantial changes over time, as well as on the concept that art. 226 of the Federal Constitution contains a true general clause for the inclusion of different family models.

Keywords: same-sex union; family entity; constitutional principles; affectivity; plurality; constitutional prohibition of discrimination; right to recognition; right to pursue happiness; general inclusion clause.

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar o pano de fundo social e jurídico que culminou no reconhecimento da proteção estatal às famílias homoafetivas, analisando

²³ E-mail: vivian_vivi27@hotmail.com

os principais fundamentos invocados pelos ministros do STF no julgamento das ações de controle concentrado. A metodologia utilizada foi a pesquisa baseada em livros, artigos jurídicos e nos fundamentos do julgado do Supremo Tribunal Federal abordado.

Inicialmente, buscou-se demonstrar que a homossexualidade é um aspecto da personalidade humana, que diz respeito exclusivamente à esfera privada dos envolvidos, e que portanto, deve ser tutelada como um direito fundamental existencial.

No tópico seguinte, foi trabalhada a evolução do conceito de família para demonstrar que na modernidade o seu elemento fundante é o afeto, em detrimento do antigo apego à concepção de família exclusivamente como núcleo patriarcal formado pelo homem provedor, pela mulher cuidadora do lar e pela prole do casal. Do ponto de vista jurídico, buscou-se destacar os princípios da não discriminação, da igualdade como reconhecimento e do direito à busca da felicidade como centrais na fundamentação do STF.

Demonstrou-se ainda que, apesar de não haver na Carta Magna um dispositivo expresso que reconheça a união homoafetiva como entidade familiar, a interpretação sistemática dos valores constitucionais conduz à conclusão de que o art. 226 da CF comporta uma verdadeira cláusula de inclusão de diversos modelos familiares.

Após, buscou-se rebater possíveis argumentos daqueles que são refratários ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidades familiares, destacando a recente tentativa de setores conservadores do Congresso Nacional em rediscutirem o tema através do Projeto de Lei 5167/09, que proíbe o enquadramento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como família.

2 - A HOMOSSEXUALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE

A homossexualidade foi compreendida de diversas maneiras ao longo da história das sociedades ocidentais. Marcelo Augusto Toniette (2006), sobre a evolução do tratamento social da questão, aduz que há registros de que na Antiguidade greco clássica o relacionamento sexual ou afetivo entre pessoas do mesmo sexo era concebido sem maiores problemas.

Da mesma forma, as tribos indígenas brasileiras assimilavam a homossexualidade com naturalidade, havendo apenas pequenas diferenças de perspectiva conforme costumes e crenças de cada tribo (DIETER, 2012).

Na Idade Média, com o advento do domínio religioso-cultural da Igreja Católica, a prática homossexual passou a ser vista como pecaminosa por violar o projeto divino de procriação.

Séculos depois, já no pós-revolução Industrial, o paradigma científico e higienista levou a homossexualidade a ser estudada pelas ciências com uma perspectiva patológica (TONIETTE, 2006): até 17 de maio de 1990²⁴ era considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como doença²⁵, e recebia número específico relativo a Código Internacional de Doenças (CID).

Atualmente, a hipótese mais aceita é que a homossexualidade faz parte da natureza de alguns seres vivos, visto que já foram registradas mais de 1.500 espécies²⁶ de animais que apresentam práticas homossexuais. De toda sorte, a orientação sexual é, sem dúvida, um componente importante da personalidade, pois é o ponto a partir do qual o indivíduo irá construir suas relações afetivas e exercer sua sexualidade. Dessa forma, o direito de viver os afetos e os projetos de vida pessoal e familiar livre de interferências estatais discriminatórias são verdadeiros direitos fundamentais, e como tal, devem ser objeto dos “deveres de proteção” do Estado.

3 - UM NOVO PARADIGMA DE FAMÍLIA: ENTIDADE CENTRALIZADA NO AFETO E LOCUS DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA

A família é a estrutura básica das sociedades e a primeira forma de interação humana, sendo precedente a todas as outras formas de agrupamento humano. É no seio familiar que acontecem os mais elementares fatos da vida, desde uma perspectiva biológica até acontecimentos de ordem psicológica e cultural, como formação da personalidade, planos de vida profissional e afetiva, frustrações e sucessos.

Assim, por ser o elemento fundante da sociedade e do ser humano, bem como por sua feição biológica, espiritual e social, a família deve ser compreendida a partir de uma perspectiva da interdisciplinaridade (CHAVES, 2019, p. 33 e 34).

24 O dia 17 de maio passou a ser considerado o Dia Internacional Contra a Homofobia. Uma outra classificação denominada DSM, a homossexualidade deixou de ser registrada como patologia mental desde 1973. (Homossexualidade não é transtorno desde 1973; tratamento causa sofrimento - 21/09/2017 - UOL VivaBem consultado em 25/12/2023, às 21:14)

25 . Na classificação da OMS, a transexualidade só deixou de ser considerada patologia em junho de 2018.

26 Estudo do pesquisador Bruce Bagemihl. Há ainda, estudos apontando que a homossexualidade em mamíferos pode ter utilidade evolutiva. <https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2023/10/03/homossexualidade-em-mamiferos-tem-utilidade-evolutiva-diz-estudo.ghtml>. Acesso em 26/12/2023.

O viés tradicional de família estava social e juridicamente associada a uma fórmula padronizada decorrente do casamento, sacra, inabalável e hierarquizada, formada pelo núcleo indissolúvel formado por marido - chefe e provedor da casa-, esposa e filhos.

Ocorre que as transformações da sociedade contemporânea levaram a uma flexibilização do conceito de família, a qual passou a dispor de um caráter “descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado” (CHAVES, 2019, p. 35).

Assim, enquanto o modelo tradicional concebia a família primordialmente como unidade econômica e reprodutiva, baseada em uma rígida divisão de papéis entre seus integrantes, as alterações econômicas, sociais, culturais e tecnológicas conduziram a um novo paradigma familiar, mais flexível, multifacetário, que entende o núcleo familiar como “uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade” (CHAVES, 2019, p. 37).

A inserção da mulher no mercado de trabalho e a facilitação jurídica do divórcio ocasionaram profundas alterações no modelo patriarcal de rígida divisão de papéis, dando lugar a concepções plurais e democráticas de famílias, nas quais é possível se vislumbrar, por exemplo, a mulher como chefe e provedora, ou ainda, as denominadas “famílias recompostas”.

O fato é que, paulatinamente, os aspectos formais deixaram de ser o principal elemento definidor do que é uma família, assumindo a afetividade o eixo central de sua compreensão. Portanto, família não pode ser um conceito preconcebido e fixado em *numerus clausus*, e sim um conceito que tem na afetividade e na estabilidade seus principais requisitos.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 170) assevera que a constitucionalização do direito ocasionou uma releitura dos institutos jurídicos, de um paradigma formal e patrimonialista para um paradigma de tutela existencial da pessoa humana. Nessa senda, a família enquanto instituto jurídico também é revista, deixando de ser um mero modelo tradicional e rígido (fim em si mesmo) para ser compreendido como o principal *locus* de desenvolvimento da personalidade humana (perspectiva instrumental).

Paulo Lôbo (2004, p.7) nos dá uma importante contribuição a respeito do tema:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de

família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Pode-se dizer, portanto, que as alterações sociais e jurídicas (advindas do direito civil-constitucional) repaginaram a família: antes apenas matrimonializada, patriarcal e hierarquizada hoje pluralizada, democrática e igualitária. Antes compreendida sob um viés meramente institucional com unidade de produção e reprodução, hoje, provida de caráter instrumental como unidade socioafetiva (CHAVES, 2019, p.42).

Com efeito, o direito moderno reconhece a afetividade como o centro modulador dos institutos do direito de família. Isso fica evidente, por exemplo, quando a lei reconhece os filhos adotivos como legítimos e de iguais direitos com relação aos filhos biológicos; ou quando possibilita que o casamento ou a união estável sejam extintos sempre que afetividade desaparecer. Em sede jurisprudencial, a centralidade do afeto foi ressaltada quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no Tema XX de Repercussão Geral o instituto da multiparentalidade, reconhecendo que o vínculo parental socioafetivo possui a tanta proteção jurídica quanto os vínculos registrais e biológicos.

O ministro Luiz Fux em voto proferido na ADPF 132 afirma que a família é uma garantia institucional e um instrumento de dignidade humana, ressaltando que o que faz uma família é o amor familiar, os projetos de vida em comum e a identidade ou “certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade” (ADPF 132, 2011), concluindo ao fim que, do ponto de vista ontológico, absolutamente nada distingue uma união estável heteroafetiva de uma homoafetiva.

Aliás, como destaca Maria Berenice Dias (2004), “Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que entrelaça os parceiros heterossexuais”

4 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º preconiza que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Assim, vislumbra-se que o legislador constituinte não contemplou expressamente as uniões homoafetivas como entidades familiares. Luís Roberto Barroso (2013, p.158) assevera que:

(...) a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.

De fato, a partir de uma leitura sistemática dos princípios fundantes e norteadores do espírito constitucional, infere-se que a chancela estatal das referidas uniões é não só possível, como também necessária enquanto um imperativo de proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais. Esses princípios fundantes são: a proibição de discriminação; a igualdade; a dignidade humana; a segurança jurídica; o pluralismo e a laicidade.

4.1- Da proibição de discriminação e do direito a igualdade como reconhecimento

A proibição de discriminação está assentada na Carta Magna não apenas como um princípio basilar, mas como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A importância de rechaçar práticas discriminatórias exsurge ainda de um verdadeiro mandado expresso de criminalização constitucional insculpido no art. 5º, ..., através do qual resta cristalina a necessidade de um atuar estatal para garantir, com efetividade, a proteção a direitos fundamentais ligados ao direito de não ser discriminado.

Ao revés, a omissão do estado na tutela de um direito fundamental equivale a uma dupla violação, pois além de ser uma violação em si, legitima a violação perpetrada por particulares.

No tocante às uniões homoafetivas, pode-se dizer que “não vedar” é insuficiente, pois a omissão ou a indiferença estatal quando se trata de direitos de minorias e grupos marginalizados demonstra um não fazer pautado por um juízo de desvalor (BARROSO, 2013, p. 151).

Assim, permitir que relações homoafetivas fiquem adstritas ao mundo dos fatos, sem qualquer reconhecimento jurídico ou sem qualquer tutela do estado, enseja injustificada situação de discriminação, de forma que indivíduos que compartilham a vida e constroem juntos um patrimônio ficam alijados de inúmeros direitos como o de partilhar os bens adquiridos, usar o nome um do outro, suceder em razão de morte do companheiro, receber benefício previdenciário de pensão por morte.

Mas não é só isso. O reconhecimento jurídico de direitos de um grupo, para além de repercussões específicas atinentes ao próprio direito, ressoam na autopercepção e no senso de pertencimento social dos sujeitos. Luís Roberto Barroso (2013, p. 167) destaca que:

Atualmente, já se afirma que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do self) e no desenvolvimento de autoestima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. Independentemente disso, é certo que a negativa do reconhecimento significa a incorporação de um padrão cultural que inferioriza certos grupos, gerando uma estrutura institucional que não considera determinadas pessoas como pares na participação social.

O direito ao reconhecimento é atualmente compreendido como uma das três perspectivas do direito de igualdade, sendo elas a igualdade formal, a material e a igualdade como reconhecimento. (BARROSO, 2016, p. 208)

Na vertente formal, a igualdade atua contra a existência de privilégios, estando prevista no art. 5º, caput da Constituição Federal quando dispõe de “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Na vertente material, a igualdade objetiva garantir equivalência de oportunidades, com redistribuição de poder e recursos, estando prevista no art. 3º, I, da Carta Magna ao elencar como objetiva da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, na vertente reconhecimento, a igualdade é tida como o respeito às minorias e às diferenças, atuando como vetor de uma sociedade inclusiva e pluralista, estando prevista no art. 3º, IV, da Constituição quando esta elenca como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos sem discriminações de raça, cor, idade, sexo ou quaisquer outras (BARROSO; OSORIO, 2016, p. 208).

Luís Roberto Barroso e Aline Osorio (2016, p. 215) registram, citando a doutrina de Nancy Fraser, que a injustiça que o direito ao reconhecimento visa combater é de fundo cultural e simbólico. Os autores seguem explicando que “a luta pelo reconhecimento não pretende dar a todos o mesmo status por meio da eliminação da distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença” (2016, p. 2015).

Bittar (2009, p. 555) aduz que “O direito à diferença está baseado na ideia de que todos são diferentes entre si; e, propriamente, isto é ser humano, em sua singularidade”. O ato de ser reconhecido e respeitado em suas particularidades possui então um elemento central na sedimentação da autoestima do indivíduo e na sua autopercepção como sujeito de direitos detentor de dignidade. Enquanto seres sociais, formamos nossa personalidade a partir de uma perspectiva dialógica, onde a percepção do outro, invariavelmente, influi diretamente na forma como nos autoavaliemos.

4.2- Do direito de busca da felicidade como viés da dignidade humana

Outro princípio central na fundamentação da paradigmática ADPF 132 no reconhecimento de múltiplas formas de família é o da dignidade humana, que longe de mero reforço argumentativo abstrato, foi trazido naquele julgado sob a perspectiva do direito de busca da felicidade.

No Recurso Extraordinário 898.060 de Santa Catarina, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito de busca da felicidade está implícito no art. 1, III, da Constituição Federal, relacionando-o ao direito de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos de vida. Assim, a dignidade humana compreende o respeito ao espaço de liberdade individual para traçar os próprios planos e vivenciar os afetos, vedando que o Estado enquadre e limite a realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

Assim, reconhecer o direito de busca da felicidade consiste em possibilitar às pessoas traçarem seus próprios destinos de acordo com seus afetos e suas concepções de mundo, sem incursões indevidas em seus projetos de vida, conferindo espaço para sua autorrealização, sem que o Estado imponha modelos preestabelecidos de como cada um deve enquadrar seus objetivos pessoais.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a dignidade humana possui uma dimensão dúplice: uma, como direito de autodeterminação na condução da própria vida e a segunda, como geradora de deveres de proteção tanto do Estado como da comunidade (2011, p. 571). E prossegue o autor (2011, p. 587):

Conveniente sublinhar, em caráter complementar, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa segue também o dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de fazer cessar ou mesmo minimizar os efeitos das violações (...)

Ou seja, além da postura de abstenção e não interferência nos espaços privados de autodeterminação dos indivíduos, há um dever genérico (do Estado e da comunidade) de agir, quando necessário, para garantir que esses espaços não sejam violados.

Com efeito, a forma como cada um se relaciona amorosa ou sexualmente diz respeito, em regra, exclusivamente à esfera íntima e privada, salvo quando violadores de direitos fundamentais de seus pares, como sucede por exemplo, com o estupro e a pedofilia. Assim, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo não tem qualquer potencialidade lesiva em relação à esfera de terceiros, razão porque deve ser respeitada (social e juridicamente) como expressão de um espaço intangível de autonomia privada.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2013, p.164 e 165) leciona que:

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade (...) Ocorre porém, que o não reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito.

4.3 - O art. 226 da Constituição Federal como cláusula geral de inclusão

A Constituição Federal em seu artigo 226 dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento

§ 4º Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.

Aqueles que se opõem ao reconhecimento jurídico das uniões estáveis e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo partem de uma interpretação estrita e literal do dispositivo supracitado.

Por outro lado, há aqueles que entendem que a expressão “homem e mulher” não impõe necessariamente a exclusão de outras formas de entidades familiares, mesmo porque o próprio §4º do dispositivo supracitado desvincula a proteção familiar a uma estrutura específica (existência de um casal heterossexual), demonstrando que o substrato da tutela jurídica são pessoas em vínculo de afeto e comunhão de vida.

Aliás, o próprio fato de o texto constitucional ter inserido expressamente a união estável como entidade familiar é indicativo de que a proteção jurídica deve se voltar mais à realidade fática e afetiva do que a aspectos formais que compõe a família.

Luís Roberto Barroso (2013, p.171) aponta oportunamente que a Constituição de 1967, em seu artigo 167, só reconhecia como família a entidade formada pelo casamento. Na concepção do ministro, a inserção da expressão “homem e mulher” na Constituição de 1988 se deu apenas para enfatizar a união entre companheiros que outrora era vista com discriminação por não estar pautada no casamento. Dessa forma, aduz que a Constituição não pretendeu esgotar as formas de famílias que são tuteladas, mesmo porque tal posição seria insustentável quando analisada a partir de uma visão sistêmica da Carta Magna (BARROSO, 2013, p. 173 e 174).

5 - ARGUMENTOS CONTRA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E O PROJETO DE LEI 580/07

A verdade é que inexistente razão que possa justificar um não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar legítima e merecedora da proteção do Estado. Conforme se verá adiante, todos os argumentos invocados para obstar a proteção jurídica à família homossexual não encontram respaldo no regime democrático e no Estado Constitucional de Direito.

Há aqueles que defendem que a prática homossexual é pecaminosa, e que por isso não deve ser chancelada pelo Estado. No entanto, de plano se visualiza que o argumento colide frontalmente com a laicidade estatal consagrada no texto constitucional, que impede o Estado de orientar suas concepções e políticas através de uma visão religiosa específica. Portanto, a ideia de pecado adotada por uma religião alijaria os direitos de outras pessoas que não necessariamente professam a mesma fé.

Há também aqueles que alegam que as uniões homossexuais não seriam legítimas porque não são capazes de gerar descendentes. O argumento da procriação aqui é

facilmente descartado, visto que existem muitos casais heterossexuais inférteis ou que até mesmo optam por não terem filhos, e que nem por isso deixam de ser legítimos ou protegidos pelo Estado como entidade familiar quando casados ou quando preenchidos os requisitos legais da união estável.

Registre-se ainda a alegação de que o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas poderia estimular a “homossexualização” de heterossexuais, como se a homossexualidade dependesse de um dispositivo legal, e não de uma condição intrínseca à personalidade dos indivíduos.

Argumenta-se também que pode haver um enfraquecimento da família. Os que seguem essa linha de raciocínio parecem ainda não estarem atentos ao fato de que o modelo tradicional de família como produto indissolúvel do casamento de caráter patriarcal já não é mais o mesmo devido à própria dinâmica da sociedade, que clama por uma flexibilização do modelo familiar.

Conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho, o instituto da família quando lido sob uma filtragem constitucional tem muito mais relação com a afetividade do que com arranjos estáticos e preestabelecidos. Em verdade, reconhecer juridicamente os laços homoafetivos implica justamente no fortalecimento da família, uma vez que valoriza o traço mais essencial da mesma, qual seja, a afetividade.

Por fim, o argumento de que os relacionamentos homossexuais contrariam os padrões de normalidade da moral dominante não poderia ser mais opressor. Não há dúvidas de que a moral é um importante instrumento de ordem social, mas ela não pode servir de justificativa para discriminar e reprimir condutas que não têm potencial ofensivo contra a sociedade e que não prejudicam a terceiros. Do contrário, ela passa a ser um instrumento de repressão e um embargo à efetivação de muitos direitos fundamentais. A respeito desse tema, o ministro Luís Roberto Barroso argumenta com maestria na ADI 4277:

O que cabe discutir aqui-e rejeitar- é a imposição autoritária da moral dominante a minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011, a temática da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, embora tenha suscitado

descontentamento na parcela mais conservadora da sociedade, parecia estar pacificada no seio social.

Todavia, em outubro de 2023, a Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família aprovou o Projeto de Lei 5167/09, de autoria do Capitão Assunção (PSB/ES), que tem por objetivo inserir no art. 1.521 do Código Civil um parágrafo único com o seguinte teor “Nos termos constitucionais, nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar”. A justificativa dos autores do texto é fazer valer a democracia e a vontade do povo, que em sua maioria, é guiada pelos valores cristãos.

Conforme já demonstrado ao longo do presente estudo, os argumentos invocados para a proibição de reconhecimento das relações homoafetivas estáveis, públicas, duradouras e em comunhão de vida como entidade familiar não se sustentam. A “vontade da maioria” não pode ser invocada para discriminar e mitigar direitos que se referem estritamente a intimidade de outrem. Pelo contrário, realizar a perspectiva democrática, no caso, é justamente tutelar adequadamente direitos daqueles que historicamente não tiveram voz.

6 - CONCLUSÃO

A falta de menção expressa no ordenamento jurídico brasileiro não é óbice ao reconhecimento da proteção constitucional e jurídica a entidade familiar homoafetiva.

O reconhecimento das relações homoafetivas estáveis como entidade familiar é tanto possível quanto necessário. É possível porque na modernidade o conceito de entidade familiar foi reconstruído de modo a abarcar vários tipos de arranjos familiares, com o elemento afetividade como principal caracterizador.

É necessário porque nosso ordenamento jurídico tem como valores fundamentais o respeito ao exercício da personalidade, ao princípio da liberdade, ao princípio da igualdade, e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Negar direitos a um casal homossexual que tem relação contínua e duradoura com todas as características de uma união estável é incompatível com a ideia de democracia, que tem a pluralidade como um de seus pilares

Conclui-se, portanto, que o julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, que teve como relator o ministro Ayres Britto, representou uma conquista paradigmática no fortalecimento da proteção às minorias. A partir de então, aplica-se às uniões estáveis homoafetivas o mesmo regime aplicado às uniões estáveis entre homem e mulher, regulada pelo artigo 1.723 do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. "Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Direito & Práxis Revista., vol. 07, n.13, 2016, p. 204-232.

BITTAR, Eduardo C. B. *Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 104, p. 551-565, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67869>. Acesso em 26/12/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

BRASIL.[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27/12/2023.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. 2004. Disponível em: <https://berenedias.com.br/uniao-homossexual-aspectos-sociais-e-juridicos/>. Acesso em: 27/12/2023.

DIETER, Cristina Ternes. *As Raízes Históricas da Homossexualidade, os Avanços no Campo Jurídico e o Prisma Constitucional*. IBDFAM. 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/812/As+ra%C3%ADzes+hist%C3%B3ricas+da+homossexualidade%2C+os+avan%C3%A7os+no+campo+jur%C3%ADdico+e+o+prisma+constitucional>. Acesso em 26/12/2023.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 11. ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. IBDFAM. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas%3A+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 26/12/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise da perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: SARLET, I.W.; LEITE, J.S.; CARBONEL, M (Coord.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Juspodvim. 2011.

TONIETTE, Marcelo Augusto. *Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade*. Revista Brasileira de Sexualidade Humana. V.17, n. 1, 2006. DOI: 10.35919/rbsh.v17i1.443. Disponível em: https://www.rbsh.org.br/revista_sbrash/article/view/443. Acesso em: 25 dez. 2023.

“O TRABALHO INFANTIL E O SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO DA CRIANÇA”

DAIANE TEIXEIRA DA SILVA

TAYNARA TEIXEIRA DAVID

(coautora)

RESUMO: O trabalho infantil é uma realidade global que afeta negativamente milhões de crianças e adolescentes, comprometendo seu desenvolvimento físico, mental e educacional. Esta pesquisa discute a importância de proteger a infância, ressaltando as consequências irreversíveis desse tipo de exploração, conforme destacado por teóricos como Rousseau. O texto aborda a legislação brasileira e as críticas aos limites estabelecidos para a idade mínima de ingresso no mercado de trabalho, além de compará-la com contextos internacionais. Também examina programas e projetos em vigor destinados à erradicação do trabalho infantil, ressaltando a necessidade de esforços conjuntos entre organizações governamentais e não governamentais para combater essa prática prejudicial.

Palavras-chave: Trabalho infantil; Direitos das crianças; Legislação; Impacto socioeconômico; Programas de erradicação.

ABSTRACT: Child labor is a global reality that negatively affects millions of children and adolescents, compromising their physical, mental and educational development. This research discusses the importance of protecting childhood, highlighting the irreversible consequences of this type of exploitation, as highlighted by theorists such as Rousseau. The text addresses Brazilian legislation and criticisms of the limits established for the minimum age for entry into the job market, in addition to comparing it with international contexts. It also examines current programs and projects aimed at eradicating child labor, highlighting the need for joint efforts between governmental and non-governmental organizations to combat this harmful practice.

Key Words: Child labor; Children's rights; Legislation; Socio Economic impact; Eradication programs.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho infantil é um tema complexo que perdura ao longo da história, afetando milhões de crianças em todo o mundo. Sua evolução histórica revela uma prática enraizada nas sociedades, marcada pela exploração precoce de crianças e adolescentes em atividades laborais. Este fenômeno é impulsionado por uma interseção de fatores, indo desde

questões socioeconômicas até culturais, que levam as crianças a se envolverem em atividades laborais em idade inadequada.

Ao longo dos séculos, a percepção do trabalho infantil passou por transformações significativas. Se antes era considerado parte natural do processo de crescimento e sustento familiar, hoje é reconhecido como uma violação dos direitos fundamentais das crianças. No entanto, a persistência desse problema está intrinsecamente ligada a uma série de causas profundas, incluindo pobreza, falta de acesso à educação, discriminação, desigualdade de gênero, entre outros fatores estruturais.

O impacto do trabalho infantil na saúde física e mental das crianças e adolescentes é devastador. A exposição a condições laborais adversas, longas jornadas de trabalho e ausência de cuidados adequados prejudicam seu desenvolvimento, comprometendo seu bem-estar e perpetuando um ciclo de pobreza e desvantagem social.

Apesar dos esforços para mitigar essa realidade, as críticas aos limites legais estabelecidos para a erradicação do trabalho infantil são frequentes. Questões relacionadas à eficácia das leis, à fiscalização e à implementação adequada dessas regulamentações ainda são objeto de debate e questionamento.

Neste contexto, programas e projetos têm sido desenvolvidos em todo o mundo, visando a erradicação do trabalho infantil. Essas iniciativas abrangem desde políticas de proteção social até intervenções educacionais e econômicas, com o objetivo de proporcionar alternativas viáveis e sustentáveis para as crianças e suas famílias.

As leis internacionais desempenham um papel fundamental na luta contra o trabalho infantil, estabelecendo padrões e diretrizes para os países ratificarem e implementarem medidas eficazes de proteção à infância.

Esta pesquisa tem como propósito analisar e compreender a complexidade do trabalho infantil, explorando suas origens históricas, suas causas, os impactos na saúde das crianças e adolescentes, as críticas às leis estabelecidas, bem como os programas e projetos voltados para a sua erradicação, em consonância com as leis internacionais.

Por meio deste estudo, busca-se oferecer uma visão ampla e crítica sobre o tema, identificando desafios, avanços e oportunidades para promover uma mudança significativa e efetiva na realidade das crianças em situação de trabalho infantil

2 O QUE É O TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil refere-se à participação de crianças em tarefas laborais que prejudicam seu bem-estar físico, mental e ético e também perturbam seu desenvolvimento

e educação apropriados. De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma criança é considerada aquela com menos de doze anos de idade, enquanto um adolescente é aquele que está na faixa etária de doze a dezoito anos.(ECA)

O trabalho infantil pode ser descrito como qualquer forma de atividade econômica ou de subsistência, que pode ou não envolver pagamento, desempenhada por indivíduos com idade inferior a 16 anos, com a única exceção sendo a condição de aprendiz, que pode ser iniciada a partir dos 14 anos (Barretto, 2006, p. 829²⁷; Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente, 2014).

Além disso, a Constituição federal de 1988 estabelece a idade mínima de 16 anos para o trabalho, com a possibilidade de aprendizagem a partir dos 14 anos (KASSOUF, 2014²⁸; BRASIL, CF/88)²⁹.

A eliminação do trabalho infantil é um alvo respaldado por leis e regulamentos, incluindo tratados internacionais como a Convenção 138 da OIT³⁰, que define limites mínimos de idade para a atividade laboral, juntamente com a Convenção 182³¹, que tem como objetivo a erradicação das formas mais prejudiciais do trabalho infantil. Esses esforços contam com o apoio do Brasil, conforme estipulado no ECA de 1990³², bem como na resolução da OIT de 2014.

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL. TRABALHO DO EMPREGADO MENOR DE IDADE EM AMBIENTE INSALUBRE. PROIBIÇÃO EXPRESSA PREVISTA NA

²⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006

²⁸ KASSOUF, Ana Lúcia. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512007000200005.

²⁹ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 20 set. 2023.

³⁰Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 138 da OIT sobre a idade mínima de admissão ao emprego e ao trabalho. Genebra: OIT, 1973. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138>. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

³¹ Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 182 da OIT sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182>. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

³² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.

CONSTITUIÇÃO, NA CLT E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONVENÇÃO 182 DA OIT. 1. A Convenção 182 da OIT define a expressão "piores formas de trabalho infantil" como o labor que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças. Trabalho realizado por menor de idade em condições insalubres e perigosas, não podendo ser desconsiderados os efeitos nocivos da atividade sobre o desenvolvimento físico e mental do adolescente. 2. Afrenta às disposições contidas na Constituição da República (art. 7º, XXXIII), na CLT (art. 405, I) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 67, II: "Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: II - perigoso, insalubre ou penoso"), diante do labor insalubre do trabalhador menor de idade, é devida a indenização por dano moral correspondente, sendo presumíveis os abalos sofridos (in re ipsa), por violação à expressa proibição constitucional e legal. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. Considerando a prática adotada pela ré no sentido de impor trabalho insalubre a menor de idade, em evidente infração ao previsto na Constituição da República (art. 7º, XXXIII), na CLT (art. 405, I) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 67, II), cabível a devida a comunicação ao Ministério Público do Trabalho para a persecução da tutela coletiva, na forma do art. 7º da Lei 7347/85 e art. 194 do ECA. (TRT-4 - ROT: XXXXX20175040001, Data de Julgamento: 24/06/2020, 2ª Turma)"

A proibição é expressa, declarada, no entanto, a realidade do trabalho infantil persiste no Brasil devido a fatores como a busca por mão de obra barata e a desigualdade social. Para combater esse problema, é fundamental a participação ativa da família e sociedade como um todo e principalmente a fiscalização do Estado, bem como o fortalecimento de instrumentos de proteção, como os Conselhos Tutelares, Conselhos de Direitos e a política de atendimento. (CUSTÓDIO, 2009, p. 83; PASSETI, 1999, p. 371).

A erradicação do trabalho infantil exige uma transformação profunda no pensamento coletivo da sociedade, transcender a noção equivocada de que a ocupação precoce não prejudica as crianças e adolescentes, assim como superar a crença de que o trabalho acelera sua maturidade.

É imperativo que a família, a comunidade e o Estado atuem em perfeita consonância, forjando políticas públicas que garantam de modo intransigente os direitos fundamentais

dessas crianças, permitindo-lhes o pleno exercício de sua infância e adolescência, incluindo acesso à educação, lazer e desenvolvimento integral. A legislação brasileira, alinhada aos acordos internacionais, já oferece a estrutura normativa essencial, porém, é a sociedade que tem o poder efetivo de eliminar o trabalho infantil e assegurar um futuro digno para os jovens, por meio de vigilância rigorosa e iniciativas concretas.

2.1 Evolução histórica do trabalho infantil

O Brasil tem 518 anos de história – e mais de 350 deles imersos no regime escravocrata. Na época da escravidão, as crianças não eram vistas com o conceito etário que temos hoje, nem aqui nem na Europa: elas eram objetos de exploração, tratadas como pequenos adultos. Quando o país começou a se industrializar, nos séculos XIX e XX, muitas foram trabalhar em atividades fabris de diversos ramos, assim como em novas atividades do setor terciário (comércio de bens e prestação de serviços).

Na Europa, explica o psicólogo Peter Gray em artigo publicado no Portal Aprendiz, *“durante a Idade Média, senhores e mestres não tinham qualquer problema em bater em crianças até a sua submissão.”* Ele exemplifica: *“em um documento do final do século XIV, um conde francês aconselha que todo nobre caçador deveria ‘escolher um menino-servo com sete ou oito anos’ e que ‘esse garoto deve apanhar até ter um temor sobrenatural de falhar em seguir as ordens de seu mestre.”*

Até a década de 1980, havia praticamente um consenso na sociedade brasileira, sobre o trabalho ser positivo para crianças excluídas. *“É melhor trabalhar do que ficar na rua”* ou *“trabalhar forma o caráter da criança”* eram algumas frases comumente reproduzidas tanto pela elite, quanto pelas classes mais pobres.

As consequências são inúmeras. Uma família onde o ciclo do trabalho infantil se repete de geração em geração dificilmente consegue romper a perpetuação da pobreza. Em famílias de baixa renda e com grande quantidade de filhos, há maior chance de crianças e adolescentes trabalharem para complementar a renda dos pais. Conforme as crianças crescem, o consumo próprio passa a ter um peso maior na decisão, uma vez que a família não consegue prover acesso ao lazer, por exemplo.

2.2 As causas e fatores que levam crianças a trabalharem

O trabalho infantil, um problema de alcance global, é moldado por uma série intrincada de fatores interconectados. As origens que impulsionam as crianças a ingressar no mundo laboral abrangem desde a carência econômica e disparidades sociais, onde a insuficiência dos recursos familiares obriga as crianças a contribuir para o sustento, até a limitação no acesso à educação, que as conduz a procurar empregos prematuros, prejudicando assim

sua formação educacional.

Como ressalta Custódio, “trata de fenômeno complexo, determinado pela conjugação de inúmeras variáveis, inclusive históricas tendo suas raízes mais profundas no regime da escravidão brasileira que perdurou até o século XIX” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 76)³³.

O desemprego dos pais emerge como outra causa substancial, uma vez que, quando os provedores familiares se encontram desempregados, frequentemente, as crianças se veem compelidas a adentrar o mercado de trabalho a fim de auxiliar nas despesas do lar (GRUNSPUN, 2000, p. 21)³⁴.

A carência de proteção social deixa as famílias vulneráveis, sendo comum serem taxadas de exploradores, enquanto situações de conflitos armados, crises humanitárias ou deslocamento forçado obrigam as crianças a se envolver em atividades laborais puramente por necessidade.

Zonas rurais frequentemente demandam a contribuição das crianças nas tarefas agrícolas, sujeitando-as a ocupações precoces.

A falta de supervisão e regulamentação, em algumas regiões, perpetua práticas exploratórias. Complicações econômicas familiares, como endividamento ou doenças, também instigam o envolvimento das crianças no trabalho como meio de aliviar o fardo financeiro.

Ademais, a demanda por mão de obra de baixo custo, sobretudo em setores informais e em economias em desenvolvimento, perpetua a prevalência do trabalho infantil. Esses fatores invariavelmente estabelecem um ciclo de pobreza e exploração de difícil ruptura. Portanto, a erradicação do trabalho infantil demanda uma abordagem integral, abarcando a educação, políticas sociais, regulamentações trabalhistas e a garantia dos direitos das crianças.

Assim, o trabalho infantil se configura no Brasil como um negócio que perpetua a desigualdade, uma vez que, enquanto meninos e meninas contribuem para o enriquecimento de alguns, igualmente perpetuam o ciclo da penúria. Segundo George Lieten “O mercado acaba corroendo os sonhos, aspirações e anseios dos jovens, uma vez que a crescente vulnerabilidade das nações está em jogo no processo de globalização”

³³ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

³⁴ GRUNSPUN, Haim. O trabalho das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Editora LTR, 2000.

(LIETEN, 2007, p. 29-30)³⁵.

Após a identificação do que caracteriza o trabalho infantil, é crucial examinar a abordagem adotada pelas leis brasileiras e as motivações que conduzem meninos e meninas a essa prática, bem como avaliar os danos acarretados à saúde das crianças e adolescentes.

3. OS IMPACTOS DO TRABALHO INFANTIL

No cenário brasileiro, o trabalho infantil se configura como uma engrenagem que perpetua a desigualdade social. Nesse contexto, crianças e adolescentes, ao contribuírem para o enriquecimento de alguns, também inadvertidamente mantêm alicerçado um ciclo contínuo de privação e carência. O mercado frequentemente subjugou os sonhos e aspirações dessa juventude, à medida que explorou a crescente vulnerabilidade dos países no processo de globalização. Esse fenômeno global resulta em uma acumulação de riqueza para uma minoria à custa dos direitos e da qualidade de vida de outros (LIETEN, 2007, p. 29-30)³⁶.

A narrativa constante da liberdade de mercado, na verdade, encobre a imposição de um crescimento acelerado para aqueles que detêm o controle dos meios de produção. Enquanto isso, a qualidade de vida das crianças e adolescentes se deteriora continuamente. Conforme observado por Marx (1994)³⁷, esse processo é impulsionado pela maquinaria, que rapidamente se converte em um "meio de aumentar o número de trabalhadores assalariados, submetendo todos os membros da família do trabalhador, sem distinção de sexo e idade, ao domínio direto do capital" (p. 449)³⁸.

No âmbito econômico, em uma sociedade centrada no modo de produção capitalista, a busca pelo lucro assume proeminência. Assim, como parte de sua estratégia de mercado, os empreendedores buscam maximizar seus ganhos, mesmo que isso implique a exploração da mão de obra infantil (MARX, 1994)³⁹. A incessante busca pelo lucro frequentemente desconsidera os direitos e o bem-estar das crianças, o que destaca a necessidade premente de erradicar o trabalho infantil e salvaguardar os direitos

³⁵ LIETEN, Georges Kristoffel. O problema do trabalho infantil: temas e soluções. Curitiba, PR: Multidédia, 2007.

³⁶ Idem.

³⁷ MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. 14 ed. Rio

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

fundamentais das futuras gerações.

As implicações do trabalho infantil para crianças e adolescentes são abrangentes e profundas. No entanto, muitas dessas consequências não se manifestam imediatamente, tornando desafiador para a sociedade compreender plenamente essa questão. Além dos impactos na saúde, que serão discutidos posteriormente, o trabalho precoce também prejudica a obtenção de uma educação adequada. Mesmo quando a escolarização está disponível, frequentemente se revela formal e ineficaz. Isso leva as crianças e adolescentes a crer que a escola não contribuirá de maneira substancial para seu futuro, incentivando, por conseguinte, seus pais a encaminhá-los para o trabalho em busca de uma perspectiva econômica supostamente mais "segura" (GRUNSPUN, 2000, p. 22)⁴⁰.

Assim, muitas vezes, as crianças são incapazes de frequentar a escola ou, quando o fazem, chegam exaustas devido às demandas do trabalho, o que prejudica significativamente seu processo de aprendizagem. Tragicamente, é comum encontrar crianças e adolescentes que frequentaram a escola por vários anos, mas ainda apresentam competências educacionais extremamente limitadas, tornando-se, portanto, vulneráveis à pobreza e ao subemprego. A fome e o desempenho acadêmico satisfatório são mutuamente incompatíveis. Crianças que se veem forçadas a trabalhar para prover seu próprio sustento frequentemente abandonam a escola ou enfrentam sérias dificuldades para progredir academicamente (RIZZINI, 2000, p. 404).

Na jurisprudência abaixo, conseguimos observar a vedação do trabalho infantil, e o qual prejudicial pode ser na escola, pra saúde.

“CONTRATO DE TRABALHO. MENOR DE IDADE. TRABALHO INFANTIL. Trata-se, portanto, de contrato de trabalho não permitido pela legislação, eis que o autor não fora contratado para programa de menor aprendiz, mas sim para típico contrato de trabalho, o que é vedado aos menores de 16 anos. Ademais, pela análise dos espelhos de ponto, observa-se que, em muitas oportunidades, a jornada praticada era incompatível com a frequência do autor às aulas escolares, o que torna o trabalho infantil realizado danoso não só ao empregado como à toda sociedade, motivo pelo qual a reparação por danos morais é mesmo devida.

(TRT-2 XXXXX20195020331 SP, Relator: VALDIR FLORINDO, 6ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 20/08/2020)”

⁴⁰ GRUNSPUN, Haim. O trabalho das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Editora LTR, 2000.

Nesse cenário, a situação se agrava ainda mais para as crianças e adolescentes que são privados de uma educação formal. Isso perpetua um ciclo de pobreza, levando-os a se tornarem adultos com empregos precários e frequentemente relegados a funções de baixa qualificação devido à falta de treinamento apropriado. Os impactos nocivos do trabalho infantil na educação se manifestam em diversos desafios, incluindo altas taxas de ausência escolar, baixo desempenho acadêmico, discrepâncias entre a idade e a série escolar, evasão precoce e repetição de anos letivos (SALTO PARA O FUTURO: EDUCAÇÃO E TRABALHO INFANTIL, 2014, p. 08).

Não há como negar que o trabalho infantil tem um impacto prejudicial no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Aqueles que são forçados a trabalhar desde cedo amadurecem precocemente, são privados do tempo dedicado a brincadeiras, atividades esportivas e estudos, resultando em uma falta significativa de preparação para enfrentar o competitivo mercado de trabalho na vida adulta. Ao contrário da noção equivocada de que o trabalho infantil pode ser uma via de capacitação, ele, na verdade, emerge como um dos principais fatores contribuintes para o atraso educacional, alimentando, assim, as chamas da desigualdade social (CORRÊA, GOMES, 2003, p. 35)⁴¹.

Outra triste consequência do trabalho infantil está relacionada à saúde, uma vez que as crianças e adolescentes são recrutados para o trabalho em idades extremamente precoces, frequentemente aos 4 ou 5 anos, enfrentando jornadas de trabalho excessivas, com remuneração frequentemente insuficiente ou inexistente. Essas condições estão associadas a riscos substanciais e situações que beiram a semi-escravidão (VEIGA, 1998, p. 34).

"TRABALHO INFANTIL. DANO MORAL. ARTIGOS 227, DA CF/88. DIREITO À VIDA, À SAÚDE, À ALIMENTAÇÃO, À EDUCAÇÃO, AO LAZER, À PROFISSIONALIZAÇÃO, À CULTURA, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ALÉM DE SER COLOCADO A SALVO DE TODA FORMA DE NEGLIGÊNCIA, DISCRIMINAÇÃO, EXPLORAÇÃO, VIOLÊNCIA, CRUELDADE E OPRESSÃO. ARTIGO 7º, XXXIII, DA CF/88. PROIBIÇÃO DO TRABALHO DO MENOR DE 16 ANOS E DO MENOR DE 18 ANOS EM TRABALHO NOTURNO, PERIGOSO OU INSALUBRE. DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. CONVENÇÕES 138 E 182, DA OIT. É cediço que o trabalho infantil constitui problema desde priscas eras e remonta aos períodos

⁴¹ CORRÊA, Claudia Peçanha; GOMES, Raquel Salinas. Trabalho infantil: as diversas faces de uma realidade. Petrópolis, RJ: Viana & Mosley, 2003.

pré-cristão e sofreu grande aumento na Idade Média, nas corporações de ofício, quando as crianças ingressavam cedo no mercado de trabalho como aprendizes para que logo pudessem ser companheiros e aprender o ofício do mestre e, assim, habilitar-se ao trabalho remunerado. Nos Séculos XVIII e XIX, com a Revolução Industrial, o trabalho das crianças ganhou relevo por ser considerada mais fácil de lidar e convencer, sendo denominadas de "meia-força" para justificar a prática de atos discriminatórios e sujeitando-as a trabalhos árduos de 14 a 16 horas diárias desde os 5 anos de idade. Em razão das condições desumanas de trabalho das crianças, foi editado o Moral and Health Act, de Robert Peel, em 1802, na Inglaterra, e a Lei "Cotton Mills Act", de 1819, que limitou a idade mínima em 9 anos, o que ocorreu na mesma época em diversos outros países. Na França, em 1813, foi proibido o trabalho de menores em minas e em 1841 o trabalho dos menores de 8 anos, com fixação da jornada de trabalho dos menores de 12 anos em 8 horas. No Brasil, há quem afirme que as naus portuguesas contavam com número considerável de marinheiros menores denominados pequenos grumetes, ou seja, crianças marinheiras que iniciavam a carreira na armada. A partir da abolição da escravatura a indústria começou a contratar jovens trabalhadores, como aprendizes, para as oficinas e fábricas, com o suposto objetivo de preparar o trabalhador nacional mas, na verdade, objetivava contratar mão-de-obra barata e manipulável. Na América Latina, o Brasil foi o primeiro país que editou normas de proteção ao trabalho do menor. O Decreto 1.331 de 17 de janeiro de 1891, do Marechal Deodoro da Fonseca dispunha sobre o trabalho do menor em fábricas com proibição do trabalho dos menores de 12 anos e de 18 anos para limpeza de máquinas, armazenamento ou manipulação de materiais explosivos, tóxicos ou altamente inflamáveis, autorizado o trabalho do menos de 8 anos como aprendiz. Entretanto, o Decreto 1331 não foi aplicado e sequer chegou a ser regulamentado em razão da promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Assim, proibiu a norma o trabalho dos menores de 12 anos e o trabalho noturno dos menores de 18 anos e do o empregado menor de 14 anos em praça pública. Posteriormente, a idade mínima para trabalho na indústria foi elevada para 14 anos e o Brasil ratificou as Convenções 5 e 6 OIT sendo que a primeira limitou a 14 anos a idade para admissão em minas, canteiros, indústrias, construção naval, centrais elétricas, transportes e construções e a segunda proibiu o trabalho noturno do menor na indústria. O artigo 7º, XXIII, da CF/88, proibiu de forma

expressa o trabalho do menor 14 anos, o que foi elevado pela Emenda Constitucional 20/98 para 16 anos. Em 1990, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, foram estabelecidas regras protetivas dos menores, de forma a dar força ao artigo 227, da CF/88. O item 2, c, da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, ".2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer a Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: (...) c) a abolição efetiva do trabalho infantil. O inciso XXXIII, do artigo 7º, da CF/88, com redação dada pela EC 20/98, proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Do exposto, conforme se observa, no curso da história há uma busca secular para se proteger as criança do abuso do trabalho infantil, pelo que não se pode admitir tal prática a qual deve ser punida, por ter privado a reclamante de sua infância adequada, convívio familiar e acompanhamento escolar adequado, o que gera inegável dano moral.(TRT-2 XXXXX20185020501 SP, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, 4ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 03/02/2021)"

É notável que os jovens que são obrigados a ocupar funções de adultos acabam, em grande medida, perpetuando a condição de pobreza, uma vez que os salários que recebem são substancialmente inferiores ao que seus pais poderiam auferir em seus postos de trabalho. Além disso, as condições precárias nas quais o trabalho infantil frequentemente ocorre incluem acidentes de trabalho e a exposição a doenças que afetam diretamente ou indiretamente a saúde das crianças e adolescentes, podendo resultar em sequelas permanentes (SOUZA; FERNANDES, 2014, p. 01).

Dado que crianças e adolescentes são envolvidos em atividades laborais antes da idade mínima permitida, o tempo que deveria ser destinado a brincadeiras, estudos e desenvolvimento é roubado por responsabilidades, tarefas e preocupações que estão fora de sintonia com sua faixa etária. Essa situação impacta de maneira prejudicial esses jovens, frequentemente sujeitos à escassez de tempo ao ar livre, sofrendo com a desnutrição e tendo suas atividades naturais substancialmente restringidas. Essa combinação de circunstâncias tende a torná-los emocionalmente instáveis, propensos a problemas neurológicos e inclinados ao isolamento (RUSSELL, 2002, p. 52).

Conseqüentemente, muitas crianças e adolescentes que trabalham acabam negligenciando aspectos cruciais de suas vidas, como a saúde, o lazer, a alimentação adequada e o convívio familiar, focando quase exclusivamente em suas responsabilidades de adultos. Como resultado, a prática do trabalho infantil não só os afasta da escola, mas também prejudica significativamente suas relações familiares e tem impactos adversos em sua saúde física e mental (CORRÊA; VIDOTTI; OLIVEIRA, 2005, p. 174).

Considerando que tanto as crianças quanto os adolescentes estão em fases cruciais de desenvolvimento, todos os impactos negativos decorrentes do trabalho infantil se intensificam para esses grupos, resultando em sérias conseqüências psicológicas e de saúde que, muitas vezes, se manifestam na fase adulta. Mesmo durante a Revolução Industrial, as condições nas fábricas e oficinas submetiam as crianças a um ambiente impiedoso, com a qualidade do ar frequentemente deteriorada por partículas prejudiciais à saúde e sujeitas a acidentes de trabalho que abruptamente interrompiam a vida de muitas crianças e adolescentes (MOURA, 2000, p. 264).

Frequentemente, os danos causados pelo trabalho infantil só se tornam evidentes após algum tempo, mas a infância perdida nunca pode ser recuperada. Conforme Rousseau (1973) enfatizou, o respeito por todas as pessoas, independentemente de classe social e idade, deve ser um dever primordial. Deve-se valorizar a infância, seus jogos, prazeres e seu amável instinto. O trabalho infantil, ao contrário, priva as crianças e os adolescentes de um período tão curto e valioso de suas vidas, que nunca mais poderá ser recuperado, levando a uma vida adulta com menos aprendizado e oportunidades (Rousseau, 1973, p.61).

Portanto, a defesa do trabalho infantil equivale a uma violação do respeito pelas crianças e adolescentes, que são seres humanos com direitos inalienáveis. Essa atitude perpetua ideias ultrapassadas que tratavam as crianças e os adolescentes como inferiores na sociedade, em vez de sujeitos de direitos (CUSTÓDIO, 2009, p.11)⁴². Para combater essas violações, é essencial que a família, a sociedade e o Estado trabalhem em conjunto para garantir uma vida de qualidade para as crianças e adolescentes e proteger seu direito a serem crianças e adolescentes.

Resumidamente, o trabalho infantil gera conseqüências profundamente prejudiciais para as crianças e adolescentes, em especial, no que se refere aos prejuízos e danos à saúde. Combater essas violações requer esforços coordenados da família, sociedade e Estado para assegurar uma qualidade de vida superior e proteger os direitos fundamentais das gerações.

4. CRÍTICAS AOS LIMITES LEGAIS

O Brasil, através da Emenda Constitucional de nº 20/98, adotou idade mínima superior à recomendada pela Convenção Internacional nº 138 da OIT. Encontra-se em situação confortável perante a comunidade internacional, neste aspecto, pois, enquanto que muitos países buscam a adoção da idade mínima indicada, no Brasil isto já é uma realidade. No entanto, sendo de 15 anos a idade mínima permitida, e considerando que para países em desenvolvimento se aceita a fixação da idade em 14 anos para ingresso no mercado, algumas críticas têm sido feitas, conforme lembra Oliva (2006).

Temos a impressão de que nosso legislador, ao aprovar a EC n. 20, estava persuadido de que o Brasil é uma nação do primeiro mundo e de que, sob os primas cultural, social e econômico, é um todo homogêneo, com taxa de emprego da ordem de 3% e renda per capita de 25 mil reais. Desse devaneio do nosso legislador, nasceu um verdadeiro pesadelo para inúmeros adolescentes que chegaram ao término de sua educação aos 14 ou 15 anos e estão sem acesso ao mercado de trabalho (Saad, 1999, p. 188)

Da mesma forma, Süssekind (2005) apresenta alguns argumentos contrários à elevação da idade mínima para 16 anos. Para ele, o Brasil é um país onde a economia e a educação estão insuficientemente desenvolvidos, caso em que deveria ser adotada a facultatividade de adoção de idade mínima inferior a de 15 anos para inserção no mercado de trabalhos, recomendada na Convenção nº 138 da OIT.

Destarte, há quem afirme que, se o objetivo do País com a adoção da recomendação e estabelecendo idade mínima de 16 anos, era de reduzir o índice de desemprego com a diminuição da população existente na faixa etária considerada economicamente ativa, tal medida se mostrou ineficaz. Além de não ter ocorrido a diminuição do índice de desemprego, a medida teria aumentado a população passível de exploração do trabalho considerado infantil (Oliva, 2006).

No que tange à legislação de outros países, os limites apresentam-se de forma muito variada. Por exemplo: nos Estado Unidos, a idade mínima para ingresso no mercado de trabalho é a mesma do Brasil, ou seja, 16 anos de idade. Já na Inglaterra, é de 13 anos de idade, enquanto em países como a Suíça, Alemanha, Itália, Uruguai e Paraguai é de 15 anos de idade. Esta diferença se dá porque em alguns países a infância está apenas relacionada à idade cronológica, enquanto em outros, fatores sociais e culturais também são considerados (Peres, 2002).

4.1 Programas e projetos que buscam a erradicação do trabalho infantil

Para a erradicação do trabalho infantil “apenas leis não são suficientes”, sustenta Oliva (2006, p. 140), havendo necessidade de implementação de políticas públicas e da consolidação de uma rede nacional de prevenção. Com este objetivo, por todo o Brasil, existem diversas instituições, governamentais e não governamentais, que se preocupam com as crianças brasileiras, buscando retirá-las do ambiente de trabalho e mantê-las na escola. Assim, também destaca Talavera (2006):

Fundamental e de especial relevância é o papel reservado às organizações não-governamentais nessa guerra. Isso ocorre porque foram estas organizações, por meio de suas entidades e lideranças mais combatidas, militantes e críticas, que saíram à luta contra a iniquidade da exploração do trabalho infantil e, na prática, são responsáveis pela condução da mobilidade ética e política que levou à produção do Estatuto da Criança e do Adolescente (Talavera, 2006, p. 115).

Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, 2007), o Brasil é considerado referência mundial no combate à exploração de crianças, sendo o único país a adotar política específica contra esta mão-de-obra.

Em 1995, com o apoio da OIT e da UNICEF, foi criado o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, objetivando promover a discussão da eliminação do trabalho infantil e a articulação de ações entre os parceiros, sendo coordenado pelo Ministério do Trabalho e contando com a participação de órgãos Federais, centrais sindicais, organizações de empregadores e ONG's nacionais (Talavera, 2006).

Após isto, em 1996, o Governo Federal brasileiro criou o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, sendo ele resultado da mobilização da sociedade, cujo principal objetivo sempre foi de retirar crianças e adolescentes de 7 a 15 anos do trabalho perigoso, penoso, insalubre e degradante:

O PETI é uma ação do governo que desperta em nossas crianças e em suas famílias a possibilidade de um outro futuro. Atualmente, as ações de proteção social especial às crianças e adolescentes vêm sendo transformadas em política pública e ações continuadas a serem executadas regularmente por meio do Sistema Único da Assistência Social - SUAS. Ao lado disto,

existe o compromisso do governo federal de alcançar até 2006 todas as crianças e adolescentes utilizados como mão-de-obra. Segundo o PNAD/2003 são 2,7 milhões, na faixa dos 5 a 15 anos, representando 7,46% das crianças nesta idade. Em 1995, um ano antes da criação do Peti, eram 5,1 milhões - 13,74% das crianças entre 5 e 15 anos. (PROGRAMA de Erradicação do Trabalho Infantil, 2007, texto digital)

A OIT, através do Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil – IPEC, no contexto do trabalho infantil na agricultura familiar, também tem realizado projetos inovadores no sentido de buscar alternativas econômicas para as famílias em áreas rurais. As lições aprendidas com o Projeto “Bode-Escola”, em especial na região sisaleira do País, são hoje reconhecidas internacionalmente como uma iniciativa eficaz, pois aliam a questão agrária à geração de renda, economia familiar ao combate do trabalho infantil e proteção do trabalhador adolescente por meio das organizações comunitárias, governo local e sindicatos de trabalhadores rurais (Organização Internacional do Trabalho, 2007).

Conforme destaca Peres (2002, p. 21), o Brasil foi o primeiro país da América Latina a fazer parte do referido programa e a escolha se deu devido às *“altas taxas de atividades envolvendo crianças entre 10 e 14 anos”*. O índice, na época (1992) era de 18%, *“superando outros países subdesenvolvidos, como Honduras (14,3%), Marrocos (14,3%) e Indonésia (11,1%)”* (Peres, 2002, p. 21).

O IPEC, além de transferência de alguns recursos financeiros para serem redistribuídos como bolsas de estudo, vem pressionando os países signatários de convenções a ratificar as intenções em programas, exigindo a adaptação de legislações nacionais e a melhoria dos serviços de inspeção do trabalho. No Brasil, foi criado um programa correspondente, o PETI - Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, que, paulatinamente, vem criando alternativas para retirar crianças do trabalho em certos setores da produção, embora as medidas sejam ainda muito tênues e restritas às intenções e à elaboração de modelos de intervenção, para Neves (2001).

Conforme Peres (2002), outro programa de grande importância para a erradicação do trabalho infantil é o Bolsa Escola, que faz parte do programa Escola de Todos, coordenado pelo Governo Federal e que tem como objetivo matricular na escola todas as crianças do Brasil. Este programa - sabendo que maior parte das crianças que estão fora da escola não conseguem estudar porque precisam trabalhar e ajudar seus pais - tem como proposta oferecer para as famílias de baixa renda uma ajuda de custo mensal para que mantenham seus filhos na escola.

Dentre algumas das organizações não-governamentais que buscam erradicar, ou, ao menos diminuir a incidência do trabalho infantil, pode-se citar a Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança, a qual foi fundada em 16 de abril de 1990, tendo como objetivo principal a promoção dos direitos elementares de cidadania das crianças. A aplicação de seus objetivos se dá por meio de projetos e da articulação de mobilização da sociedade, sensibilizando e promovendo o engajamento da sociedade civil e das forças empresariais em projetos para a solução e dissipação dos problemas dos menores. Seu principal propósito é a promoção dos direitos essenciais e elementares inerente às crianças, nos termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente (Talavera, 2006).

Como lembra Oliva (2006), vários programas governamentais e ações de entidades não-governamentais foram implantados no Brasil, dentre os quais, 100 deles são acompanhados pela OIT. Este fato torna o País um referencial para muitos outros.

4.2 O trabalho infantil e suas leis internacionais

Constituído em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é um marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil. Ele surgiu para garantir a proteção efetiva de meninas e meninos brasileiros sob os cuidados de uma legislação específica. O ECA é considerado um marco na proteção da infância e tem como base a doutrina de proteção integral, reforçando a ideia de “prioridade absoluta”, inspirado pelas diretrizes fornecidas pela Constituição Federal de 1988, que determina que haja prioridade absoluta na proteção da infância e na garantia de seus direitos, não só por parte do Estado, mas também da família e da sociedade.

De acordo com o ECA, é considerada criança a pessoa com idade inferior a 12 anos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos. Toda criança e adolescente tem direito à vida e à saúde, à liberdade, respeito e dignidade, à família, à educação, cultura, esporte e lazer, entre outros direitos. Dividido em dois livros, o estatuto trata da proteção dos direitos fundamentais à pessoa em desenvolvimento e também dos órgãos e procedimentos protetivos, como os de adoção, a aplicação de medidas socioeducativas do Conselho Tutelar e também os crimes cometidos contra crianças e adolescentes.

Três principais convenções internacionais definem as fronteiras jurídicas do trabalho infantil e asseguram as bases para as ações nacionais e internacionais para o seu combate. São elas: Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CRC), a Convenção nº 182 e a Convenção nº 138 da OIT – esta última estipula a idade mínima de 15 anos para admissão ao trabalho.

Em 1989, a Assembleia Geral da ONU aprovou o texto da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que especifica o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e de trabalho perigoso, além da abstenção de qualquer pessoa com menos de 15 anos para as forças armadas. Já a Convenção 182, da OIT, aprovada em 1999, é sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil é um problema enfrentado mundialmente em que jovens e crianças menores de idade trabalham para conseguir uma melhoria de vida, tem-se a sensação de que o Trabalho infantil ainda é uma realidade a ser vencida, erradicada.

Uma tragédia social é desenhada diariamente pelo trabalho precoce das crianças e dos adolescentes, como os acidentes, mortes, sequelas físicas, alcoolismo, drogas, prostituição, evasão escolar, etc. Esse tipo de exploração, relacionados à mão de obra infantil, impede que crianças em situação de vulnerabilidade de hoje alcancem, por meio de estudo, um futuro melhor, distorcendo a lógica de proteção e perpetuando o ciclo da miséria familiar.

A erradicação do trabalho infantil é o caminho da dignidade, desenvolvimento e crescimento social, pois a este está atrelado, havendo desenvolvimento sócio-econômico e todas as áreas e segmentos da sociedade, evidentemente, as mazelas que lhes rodeiam perifericamente serão erradicadas.

Faz-se necessário entender que a consequência da crise econômica resulta no trabalho infantil, e sem fiscalizações e programas de políticas públicas como meio de garantia de proteção contra a exploração do labor de infantes, torna-se difícil e dificultoso a resolução desta questão pois, as atividades laborativas infantojuvenis, só será resolvido quando houver a implementação de políticas sociais básicas promovidas efetuadas e solucionadas, assegurando os menores a saúde a moradia e educação de forma digna.

A inserção educacional é o meio mais eficaz a garantir a longevidade dos efeitos buscados nas ações, pois é com o conhecimento adquirido, que a família, a criança e o adolescente se prepararão para enfrentar os desafios do cotidiano, a retirada deles da situação de risco e imersão é que deve ser o objetivo inicial, mas seu desenvolvimento é que é o verdadeiro fim desejado. Desenvolvimento social, cultural, econômico e tecnológico são características de um País desenvolvido. Portanto, quando nossas crianças forem efetivamente tratadas e respeitadas como crianças, assim chegar-se-á ao objetivo.

A conclusão é que o trabalho infantil deve ser combatido com políticas ampliadas de desenvolvimentos e decisões sobre alocação de recursos orçamentários, para que haja uma abrangência demográfica, e que abarque a toda família que esteja em situação de vulnerabilidade ou risco social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Honor de. Trabalho infantil: formação da criança jornaleira de Porto Alegre. Canoas, RS: ULBRA - Universidade Luterana do Brasil, 2004.

ARAÚJO, Teresa Corrêa de; DABAT, Christine; DOURADO, Ana. Crianças e adolescentes nos canaviais de Pernambuco. In: PRIORE, Mary Del (Org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECKER, Maria Josefina. A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece. In: KALOUSTIAN, Silvio Manoug (Org.). Família brasileira a base de tudo. São Paulo: Cortez, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.597, de 12 de setembro de 2000. Promulga a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção nº 138 e a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Disponível em <http://www.institutoamp.com.br/oit138.htm>

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, Brasília, DF, dez, 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10097.htm.

CORRÊA, Claudia Peçanha; GOMES, Raquel Salinas. Trabalho infantil: as diversas faces de uma realidade. Petrópolis, RJ: Viana & Mosley, 2003.

CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José; OLIVEIRA, Oris de. Trabalho infantil e direitos humanos. São Paulo: LTR, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da criança e do adolescente. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DEMO, Pedro. Pobreza política. 2 ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1990.

GRUNSPUN, Haim. O trabalho das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Editora LTR, 2000.

KASSOUF, Ana Lúcia. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512007000200005.

LIETEN, Georges Kristoffel. O problema do trabalho infantil: temas e soluções. Curitiba, PR: Multidéia, 2007.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. 14 ed. Rio

Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 182 da OIT sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 138 da OIT sobre a idade mínima de admissão ao emprego e ao trabalho. Genebra: OIT, 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

<https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/causas/>

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principais-documentos-da-oit-sobre-trabalho-infantil/530840102>

<https://www.fadc.org.br/a-fundacao#:~:text=A%20Fundação%20A3o%20Abrinq%20tem%20car%20ter,sociedade%20civil%20empresas%20e%20governos.>

<https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/legislacao/#:~:text=Em%201989%2C%20a%20Assembleia%20Geral,anos%20para%20as%20for%C3%A7as%20armadas.>

A MEDIDA PROTETIVA PODE SER APLICADA MESMO SEM PEDIDO (REQUERIMENTO) DA VÍTIMA OU CONTRA A SUA VONTADE, NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR?

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso e atualmente lotado na unidade desconcentrada do Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO) de Barra do Garças-MT. 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 Brasil.

43

Questão pouca enfrentada pela doutrina e jurisprudência, diz respeito se a medida de proteção de urgência pode ser imposta, sem a vontade da vítima dentro da Lei Maria da Penha?

De um lado, temos a Lei nº 11.340.2006 (Lei Maria da Penha) prescrevendo que a medida de proteção de urgência poderá ser concedida, mediante pedido da vítima ou requerimento do Ministério Público (art. 19, da Lei nº 11.340.2006).

Noutro quadrante, a Lei nº 11.340.2006 (Lei Maria da Penha) nada fala expressamente (sendo silente nesse ponto), se o delegado de polícia pode representar pela imposição de medida protetiva e se o juiz pode de ofício conceder tais medidas protetivas, sem pedido da vítima.

Todavia, não podemos perder de vista que realmente pelo regramento jurídico, a Lei nº 11.340.2006 (Lei Maria da Penha) estabelece claramente que a medida de proteção poderá ser concedida pelo juiz, mediante pedido da vítima ou requerimento do Ministério Público. Essa é a regra a teor do que preconiza o art. 19 da indigitada lei:

43 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 obras jurídicas e autor de artigos jurídicos. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Integrante da Mentoria KDJ. E-mail: juniorleitoadv@hotmail.com

“Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

§ 4º As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

§ 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

§ 6º As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)”

O legislador ordinário, a bem da verdade, perdeu a grande oportunidade de positivar ainda que excepcionalmente, a possibilidade de o delegado de polícia representar pela imposição de medida protetiva e do juiz de ofício conceder tais medidas protetivas, sem pedido da vítima. O ideal dentro da honestidade intelectual jurídica seria de “lege

ferenda” se positivar essa possibilidade, mas até que isso ocorra, nos parece impositivo pensarmos em soluções paliativas protetivas em prol da mulher em situações excepcionais.

Alertamos nesse ponto que, a Lei nº 11.340.2006 (Lei Maria da Penha) e todo o arcabouço jurídico, em prol da violência de gênero no âmbito familiar ou doméstico gravita em favor de um sistema protetivo à mulher, mormente diante da vulnerabilidade presumida da mulher, até mesmo no que tange à interpretação⁴⁴ e os pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Lastreado nessa interpretação do sistema protecionista e da vulnerabilidade presumida da mulher, não se deve nem cogitar a eventual violação do sistema acusatório, pois o foco aqui é a proteção da vítima de violência doméstica ou familiar dentro do sistema acusatório, e não necessariamente a regra do ônus probatório, embora inegavelmente possa trazer reflexos negativos ao acusado agressor, a depender da situação.

Outro ponto importante a ser debatido é sobre a natureza jurídica da medida protetiva de urgência. Temos corrente doutrinária sustentando ser de natureza cautelar e outra corrente jurisprudencial sustentando ser a medida protetiva de urgência de natureza penal e natureza cível (tutela inibitória cível).

A discussão ganha mais colorido quando adentramos nesse tema de medida protetiva enfrentando as situações que envolvam ação penal privada, ação penal pública condicionada e ação penal pública incondicionada. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁵ já decidiu que a medida protetiva independe de representação da vítima quanto à persecução penal (autonomia da medida protetiva⁴⁶), bastando o pedido da vítima.

Com isso, no que toca a medida protetiva quanto as situações envolvendo ação penal privada e ação penal pública condicionada, o pedido da vítima (apenas quanto a medida de proteção de urgência), inclusive com a não manifestação (não representação criminal) pela persecução, através de representação criminal, poderá desencadear tão

44 Art. 4º Na interpretação desta Lei, **serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.**

45 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: STJ – 4ª Turma – REsp 1.419.421/GO – rel. min. Luis Felipe Salomão – j. em 11/2/2014 – DJe de 7/4/2014). Na mesma linha: STJ – 5ª Turma – AgRg no REsp 1.783.398 / MG – rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. em 2/4/2019 – DJe de 16/4/2019; STJ – 5ª Turma – RHC 106.214/SP – rel. min. Ribeiro Dantas – j. em 15/8/2019 – DJe de 20/8/2019.

46§ 5º As medidas protetivas de urgência **serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento** de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

somente a medida protetiva de urgência. Agora as situações de medida protetiva de urgência envolvendo ação penal privada e ação penal pública condicionada, sem pedido da vítima daquela (medida protetiva), traz a problemática à tona, assim como nas ações penais públicas incondicionadas em que a vítima não faz o pedido da medida protetiva.

Por mais que se respeite a autonomia da vontade e autodeterminação da vítima nessas situações e da possível “inconveniência” da medida protetiva de urgência não desejada pela vítima, há casos que devemos ponderar até que ponto essa “vontade e autodeterminação” da vítima deve preponderar perante situações graves e excepcionais na violência de gênero no âmbito doméstico e familiar.

Pensemos na seguinte situação da vítima de violência de gênero no âmbito doméstico ou familiar: mulher refém de um ciclo constante de violência doméstica ou familiar, sem independência financeira, possuindo filhos em comum com agressor, onde a violência de forma gradativa só se intensifica e faticamente se percebe a necessidade dessa medida de proteção de urgência, sob pena da vítima correr risco de morte. Vamos agregar ainda a essas particularidades acima, os ingredientes da vítima ter receio fundado de retaliações do agressor e constrangimentos que a inibam de requerer medida, tais como de julgamentos familiares de toda ordem e até “instinto de sobrevivência” - por não ter condições de manter a si e sua prole - , razão pela qual acaba por não solicitar a medida de proteção urgente. Nesse mesmo exemplo, suponhamos que apenas o delegado de polícia ou o juiz saibam dessa situação, sem ter aportado ainda ao Ministério Público.

Vamos ignorar toda essa particularidade da urgência de medida protetiva e deixar a vida da vítima sob risco, apegado ao argumento de ingerência excessiva do Estado na vida privada da vítima, ainda que sua “vontade e autodeterminação” esteja “viciada ou refém da situação de dependência de todos os possíveis fatores” ou vamos permitir que o delegado de polícia represente pela medida protetiva de urgência ou o juiz de ofício venha impor a medida de proteção, em prol da mulher?

Excepcionalmente, preferimos seguir uma posição de vanguarda alicerçada no sistema protetivo, diante da vulnerabilidade da vítima de violência de gênero no âmbito doméstico ou familiar (art. 19, § 2º, da Lei Maria da Penha)⁴⁷, a se permitir que o delegado de polícia represente pela medida protetiva de urgência ou o juiz de ofício venha impor a medida de proteção, em prol da mulher. Pensar do contrário, é criarmos uma proteção

⁴⁷ § 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e **poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.**

inconstitucional deficiente e com hipertrofia do direito penal, que ignoraria o direito constitucional fundamentalmente à vida e à segurança pública.

Comugando dessa mesma posição, há o enunciado da Acadepol da Polícia Civil de São Paulo no sentido de que o delegado tem legitimidade para representar por Medida Protetiva de Urgência, aprovado no Seminário sobre a Lei 14.344/2022 (Henry Borel).

*“Enunciado 1: **O Delegado de Polícia, titular da investigação criminal, possui legitimidade para formular representação justificada ao Poder Judiciário com vistas à determinação de medida protetiva de urgência voltada a tutelar crianças, adolescentes ou mulheres vítimas ou testemunhas de violência doméstica ou familiar, sobretudo se vislumbrar potencial intimidação inibidora da livre manifestação de vontade da pessoa ofendida ou de seu representante**”.*

Cumprido destacar que, a Portaria DGP-26/2023 (art. 5º, § 5º) da Polícia Civil de São Paulo dispõe que os enunciados acadêmicos possuem caráter de orientação e servem como método de interpretação no processo decisório⁴⁸.

Das considerações finais

Por fim, como regra, a medida de proteção poderá ser concedida, mediante pedido da vítima ou requerimento do Ministério Público. Entretanto, excepcionalmente, sustentamos uma posição alicerçada no sistema protetivo, diante da vulnerabilidade da vítima de violência de gênero no âmbito doméstico ou familiar, a se permitir que o delegado de polícia represente pela medida protetiva de urgência ou o juiz de ofício venha impor a medida de proteção, em prol da mulher, já que pensar do contrário, é oportunizarmos uma proteção inconstitucional deficiente e com hipertrofia do direito penal estatal, que faria letra rasa ao direito constitucional fundamental à vida e à segurança pública.

Referências bibliográficas:

BRASIL. Lei nº 11.340.2006 (Lei Maria da Penha). Publicada no Diário Oficial da União de 8.8.2006.

⁴⁸Disponível

[https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/ShowProperty?nodeId=/dipolContent/UCM_067178//idcPrimaryFile&e&";](https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/ShowProperty?nodeId=/dipolContent/UCM_067178//idcPrimaryFile&e&) Acesso em 24 de novembro de 2023.

em:

_____STJ – 4ª Turma – REsp 1.419.421/GO – rel. min. Luis Felipe Salomão – j. em 11/2/2014 – DJe de 7/4/2014).

_____ STJ – 5ª Turma – AgRg no REsp 1.783.398 / MG – rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. em 2/4/2019 – DJe de 16/4/2019.

_____STJ – 5ª Turma – RHC 106.214/SP – rel. min. Ribeiro Dantas – j. em 15/8/2019 – DJe de 20/8/2019.

POR QUE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES AUMENTOU?

ANA CRISTINA TEIXEIRA BARRETO:
Defensora Pública do Estado do Ceará.
Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Fortaleza. Doutoranda em
Ciências Jurídico Processuais pela
Universidade de Coimbra.⁴⁹

Por que a violência contra as mulheres aumentou nos últimos anos?⁵⁰ A pergunta é recorrente, mas, a simplória resposta insistentemente dada por algumas ativistas e profissionais da área, de que o aumento se deve ao aumento do número de denúncias, não mais me convence. Passados dezessete anos da publicação da Lei Maria da Penha, trago algumas reflexões sobre as possíveis respostas para este fenômeno.

O aumento das denúncias pelas vítimas continua sendo um dado importante a se considerar. De fato, as mulheres passaram a dispor de mais equipamentos, de leis específicas de proteção e de combate à violência, de ações preventivas, educativas e punitivas mais eficazes que as encorajam a romper o silêncio.

Ao mesmo tempo, assistimos ao aumento na perversidade da violência praticada pelos agressores, dos requintes de crueldade e do feminicídio, muitas vezes seguidos de suicídio, que nos levam a refletir que, não apenas os registros de denúncias e a publicidade dos casos aumentaram a estatísticas, mas, parece-me que houve, efetivamente, um aumento significativo dos casos.

Essa constatação foi perceptível durante a pandemia pelo COVID-19, quando houve uma explosão de casos de violação dos direitos humanos sofrida pelas mulheres e o aumento da vulnerabilidade social das mulheres.

Além do contexto pandêmico, a partir do ano de 2016, a sociedade brasileira foi vitimada pela expansão de um movimento reacionário mundial ultraconservador de

⁴⁹ E-mail: annacbarreto@gmail.com

⁵⁰. Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgados no final de julho pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostram crescimento de 6,1% dos casos de feminicídio, e 1,2% de homicídios de mulheres em 2022 em relação aos números de 2021. Fonte: Agência Câmara de Notícias.

supremacia branca, racista e heteropatriarcal, em que se observou o retrocesso dos direitos das mulheres, da população LGBTQI+, da população negra e indígena.⁵¹

Ao longo do processo histórico de luta pelos direitos das mulheres na sociedade e na legislação brasileira passamos por dispositivos legais como o Código Civil de 1916; a Lei do Divórcio em 1977; a Constituição Cidadã de 1988 que, após muita luta das mulheres e do movimento feminista – conhecido como *lobby* do batom, consagrou o princípio da igualdade entre homens e mulheres, além dos direitos individuais sociais; a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e pelas importantes conquistas de criação da primeira Delegacia Policial de Defesa da Mulher e do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

Entretanto, a violência doméstica tardou a receber a devida atenção e, somente, em 2003, surgiu a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República em resposta a uma antiga reivindicação feminista e, em 2006, finalmente foi publicada a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que estabelece uma série de medidas legais de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e prevê a criação de políticas públicas para a efetivação dos direitos das mulheres a uma vida sem violência.

Apesar de todas essas conquistas, as desigualdades sociais de gênero, de classe e de raça ainda são elementos estruturantes de nossa sociedade, que se reflete no panorama da violência doméstica e familiar contra as mulheres e coloca o Brasil na 5ª posição do ranking mundial de feminicídio.

A desigualdade de gênero ganha contornos ainda mais severos se aliados à questão racial; isso porque, historicamente, a população negra tem menos acesso a direitos que as mulheres brancas e que, por essa mesma razão, as pesquisas e os estudos específicos sobre essa pauta são necessários para desvelar a exploração e exclusão dessa população na sociedade.

Essa realidade foi acentuada durante a pandemia diante da realidade econômico-social brasileira, marcada pela informalidade nas relações de trabalho, desemprego, desigualdade e vulnerabilidade das mulheres. Como evidência dessa desigualdade, convém lembrar que a primeira mulher a morrer por complicações pelo COVID-19 foi uma empregada doméstica negra que teve de continuar trabalhando mesmo com sua empregadora com sintomas da doença.

Para além do contexto pandêmico, sofremos a diminuição da execução orçamentária no programa de combate à violência contra a mulher e no programa de

⁵¹FONSECA, LÍVIA GIMENES DIAS DA. A pandêmica violação dos direitos humanos das mulheres e o contexto do Covid-19. São Paulo: D'Plácido, 2021.

igualdade racial, durante o período de 2014 a 2019, quando os casos de violência contra a mulher durante o isolamento aumentaram, especialmente, em relação às mulheres negras, conforme retratado pelo número de feminicídios. O fato é que as mulheres, a população LGBTQI+, negra e indígena vêm sofrendo com o retrocesso das políticas públicas e com a destruição dos direitos conquistados há mais de três décadas.⁵²

As medidas de combate à violência contra as mulheres durante a pandemia pelo COVID-19 se restringiram à medidas preventivas como campanhas, cursos e cartilhas, que, isoladamente, são ineficazes no enfrentamento à violência. As políticas de enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes também sofreram redução orçamentária, desde o ano de 2016, até sua extinção em 2019.

Além de esvaziadas, as políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres sofreram, no período de 2019 a 2022, uma intervenção conservadora e familista cristã de fortalecimento da família de forma descontextualizada da violência doméstica, uma vez que é no espaço privado do doméstico que ocorre a maioria das situações de violência sofridas pelas mulheres.

O retrocesso nas políticas públicas de promoção e proteção dos direitos das mulheres acentuou a desigualdade entre homens e mulheres, a violência doméstica, a precarização do trabalho, da saúde e a pauperização, em especial das mulheres negras e indígenas, refletindo nas relações assimétricas de poder entre homens e mulheres.

O terceiro e não menos importante fator a ser considerado e relacionado ao patriarcado que, durante o período de retrocesso político e social dos últimos tempos, assumiu um sentido político envolvendo não apenas o espaço privado, mas também público, refere-se à mudança comportamental de emancipação feminina que tenta romper com os padrões históricos e estereotipados de nossa sociedade.

Assim, alicerçados pelo movimento ultraconservador de combate a igualdade de gênero, movidos pelo sentimento de posse e domínio, ressentidos de seu papel de macho e sentindo-se rejeitados pelos rompimentos das relações, os homens passaram a reagir com mais crueldade e violência, inclusive, de forma letal, apesar de todas as medidas protetivas existentes, visando aniquilar a autonomia feminina de portar-se de acordo com sua vontade e dizer BASTA às relações abusivas e violentas.

⁵². De acordo com o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), a execução orçamentária de ações voltadas ao público feminino sofreu redução de 75% entre 2014 e 2019. No período, passou de R\$ 185 milhões para R\$ 46 milhões. Fonte: Agência Câmara de Notícias.

Essa tríade: aumento das denúncias; enfraquecimento e extinção das políticas públicas; autonomia da mulher que não mais se sujeita a uma vida de violência e aos padrões estereotipados socialmente estipulados de misoginia e machismos; tem repercutido no panorama estatístico da violência de gênero contra a mulher, não sendo acertado, portanto, atribuímos apenas a maior procura por parte das vítimas às delegacias como única resposta ao alarmante número de casos.

Essa reflexão se faz importante para que retomemos a atenção para as políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero⁵³, fortalecendo e ampliando a rede de proteção das mulheres e de promoção de direitos e de autonomia econômica das mulheres com vistas à construção de uma vida livre de violência, justa e igualitária.

⁵³. No Brasil existem apenas sete Casas da Mulher Brasileira. Fonte: Agência Câmara de Notícias

SÚMULAS VINCULANTES E STARE DECISIS: COMPREENDENDO OS SISTEMAS JURÍDICOS

GUSTAVO RAFFI RICKES:

Acadêmico de Direito na UFPel. Participa como bolsista do projeto de extensão "Direito Cuidativo" pela UFPel, fornecendo assistência jurídica a pessoas com problemas de saúde.⁵⁴

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar as semelhanças e diferenças entre as súmulas vinculantes no sistema jurídico brasileiro e o princípio do stare decisis nos sistemas jurídicos de *common law*, com foco nas práticas dos Estados Unidos. Explora-se a natureza e o impacto das súmulas vinculantes no estabelecimento de precedentes no Brasil, contrastando com o papel do *stare decisis* na formação da jurisprudência em países de tradição *common law*. A análise busca iluminar as nuances e implicações desses sistemas jurídicos para a tomada de decisões judiciais e para a estabilidade do sistema legal como um todo.

Palavras-chave: *Jurisdição; constituição; súmula; jurisprudência; decisões judiciais.*

ABSTRACT: This article aims to analyze the similarities and differences between binding precedents in the Brazilian legal system and the principle of stare decisis in common law legal systems, focusing on practices in the United States. The nature and impact of binding precedents on the establishment of precedents in Brazil is explored, contrasting with the role of stare decisis in the formation of jurisprudence in countries with a common law tradition. The analysis seeks to illuminate the nuances and implications of these legal systems for judicial decision-making and the stability of the legal system as a whole.

Keywords: *Jurisdiction; constitution; summary; jurisprudence; judicial decisions.*

INTRODUÇÃO

No mundo jurídico, a evolução das leis e a tomada de decisões judiciais são moldadas por diferentes sistemas e doutrinas, e dois desses sistemas que se destacam são as súmulas vinculantes, característica do sistema jurídico brasileiro, e o princípio do *stare decisis*, amplamente praticado nos sistemas de *common law*, com destaque para os Estados Unidos. Embora ambas as abordagens busquem criar uma consistência e

⁵⁴ E-mail: gurickes@gmail.com

previsibilidade no direito, elas se diferenciam em vários aspectos fundamentais. Este artigo pretende explorar e comparar esses dois sistemas, destacando suas semelhanças e diferenças, bem como o impacto que têm na jurisprudência e na tomada de decisões judiciais. Para entender plenamente as complexidades desses sistemas jurídicos, é crucial examinar as bases sobre as quais eles foram construídos.

SÚMULAS VINCULANTES: ESTABELECENDO PRECEDENTES NO BRASIL

As súmulas vinculantes, um instrumento essencial do sistema jurídico brasileiro desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, têm desempenhado um papel crucial na busca por maior uniformidade, previsibilidade e estabilidade na interpretação e aplicação das leis no país. Como indicado por Barroso (2007), essas súmulas foram concebidas como resposta à necessidade premente de conferir maior eficácia à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e visavam à unificação e estabilização de suas decisões.

A principal característica que torna as súmulas vinculantes tão significativas é sua força de vinculação. Elas têm o poder de vincular todos os órgãos judiciais, criando assim precedentes de observância obrigatória. Conforme Silva (2015) destaca, essa vinculação é fundamental para a coesão do sistema jurídico e para a segurança jurídica, uma vez que reduz a incerteza na interpretação das leis. Isso significa que as decisões do STF, quando transformadas em súmulas vinculantes, se tornam diretrizes obrigatórias que devem ser seguidas por todos os tribunais e juízes do país.

Isso contribui para uma maior uniformidade na interpretação e aplicação das leis, garantindo que os cidadãos sejam tratados de maneira igual perante a justiça em todo o território nacional. O princípio fundamental subjacente a essas súmulas é a promoção da estabilidade e previsibilidade no sistema jurídico, isso ajuda a reduzir a possibilidade de decisões judiciais contraditórias que poderiam ocorrer se cada tribunal ou juiz tivesse liberdade completa para interpretar a lei como desejasse, as súmulas vinculantes, ao criar um conjunto de diretrizes claras, auxiliam na eliminação de inconsistências e incertezas.

No entanto, como bem observou Pereira (2019), essa abordagem não está isenta de críticas. A rigidez na observância das súmulas pode restringir a flexibilidade do sistema legal, limitando a adaptação das leis às mudanças sociais e culturais em constante evolução, em outras palavras, o sistema pode se tornar excessivamente rígido, dificultando a capacidade de interpretar as leis de maneira a atender às necessidades em constante transformação da sociedade.

O direito, por natureza, deve ser capaz de evoluir e se adaptar a novos desafios e realidades, e a estrita observância das súmulas pode ser um obstáculo a essa flexibilidade,

o equilíbrio entre a uniformidade, previsibilidade e estabilidade proporcionadas pelas súmulas vinculantes e a capacidade de adaptação do sistema legal é, portanto, um ponto crucial de discussão na arena jurídica brasileira, é importante considerar cuidadosamente como garantir que o sistema jurídico seja ao mesmo tempo coerente e capaz de responder às mudanças sociais, culturais e tecnológicas que ocorrem ao longo do tempo. Portanto, as súmulas vinculantes desempenham um papel fundamental no sistema jurídico brasileiro, buscando proporcionar uniformidade e previsibilidade nas decisões judiciais. No entanto, é necessário um diálogo contínuo para encontrar um equilíbrio adequado entre a rigidez das súmulas e a capacidade do sistema legal de evoluir e se adaptar, a busca por esse equilíbrio é fundamental para garantir que o sistema jurídico atenda adequadamente às necessidades em constante mutação da sociedade brasileira.

Em breve resumo do que fora tratado, as súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no sistema jurídico brasileiro, têm como objetivo fornecer maior uniformidade na interpretação e aplicação da lei. Como pontua Barroso (2007, p. 112), "As súmulas vinculantes surgiram como uma resposta à necessidade de conferir maior eficácia à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visando à unificação e à estabilização de suas decisões." Essas súmulas, emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), têm a força de vincular os demais órgãos judiciais em todo o país, criando precedentes de observância obrigatória. Como ressalta Silva (2015, p. 45), "A vinculação das súmulas é fundamental para a coesão do sistema jurídico e para a segurança jurídica, uma vez que reduz a incerteza na interpretação das leis."

A premissa das súmulas vinculantes é clara: promover a estabilidade e a previsibilidade no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que reduz a possibilidade de decisões judiciais contraditórias. No entanto, essa abordagem não está isenta de críticas, já que a rigidez na observância das súmulas pode restringir a flexibilidade do sistema legal, limitando a adaptação das leis às mudanças sociais e culturais (Pereira, 2019, p. 78).

STARE DECISIS: A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NOS SISTEMAS DE COMMON LAW

Nos sistemas de common law, como o praticado nos Estados Unidos, o princípio do stare decisis desempenha um papel crucial na tomada de decisões judiciais, o termo latino "stare decisis" pode ser traduzido como "manter o que foi decidido", e essa doutrina tem profundas implicações na maneira como o direito é interpretado e aplicado. Como observado por Smith (2014), o stare decisis é considerado a pedra angular do sistema jurídico americano, estabelecendo que as decisões judiciais anteriores servem como precedentes vinculantes para casos subsequentes que compartilham semelhanças fáticas e jurídicas. Esse princípio cria uma jurisprudência sólida, que se acumula ao longo do

tempo e molda o direito de acordo com a interpretação e aplicação de leis passadas pelos tribunais.

No entanto, a comparação com as súmulas vinculantes, como as observadas no Brasil, revela uma diferença fundamental na forma como esses precedentes são estabelecidos e controlados. Enquanto as súmulas vinculantes são emitidas por uma única autoridade central, o Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, o sistema de *stare decisis* é moldado ao longo do tempo por uma série de decisões judiciais em tribunais em todo o país. Isso confere ao sistema de *common law* uma flexibilidade notável, permitindo que o direito evolua gradualmente à medida que a sociedade muda. Essa flexibilidade é, em muitos aspectos, uma das características mais marcantes do sistema de *stare decisis*. Ele permite que os tribunais analisem e adaptem suas decisões em resposta às mudanças nas circunstâncias sociais, políticas e tecnológicas. À medida que a sociedade evolui, as decisões judiciais podem se ajustar para refletir as novas realidades, tornando o direito mais adaptável.

Em contrapartida, essa flexibilidade também pode ser uma espada de dois gumes. Como observado por Johnson (2018), o sistema de *stare decisis* é, indiscutivelmente, uma força dinâmica na evolução do direito, mas pode ser desafiador em casos de mudança social rápida. Isso ocorre porque a jurisprudência é uma construção contínua, e, como tal, pode demorar para se adaptar a mudanças sociais significativas. Além disso, o sistema de *stare decisis* pode levar a uma jurisprudência complexa e evolutiva, onde interpretações diferentes ou mudanças de orientação podem criar uma complexidade considerável. Em contraste, as súmulas vinculantes têm a vantagem de proporcionar uma uniformidade imediata na interpretação da lei. Quando o STF emite uma súmula vinculante, essa decisão cria uma regra clara que deve ser seguida por todos os tribunais e juízes em todo o país. Isso pode ser particularmente valioso em situações onde a coerência e uniformidade na aplicação da lei são essenciais, garantindo que os cidadãos sejam tratados de maneira igual perante a justiça.

No entanto, como observado anteriormente a estrita observância das súmulas pode ser criticada por sua rigidez, que pode limitar a capacidade de adaptação do sistema legal a mudanças sociais e culturais, a comparação entre esses dois sistemas legais destaca uma escolha fundamental que enfrentam os sistemas jurídicos ao redor do mundo: a rigidez das súmulas vinculantes, que promovem a uniformidade e a estabilidade, em contraposição à flexibilidade do sistema de *stare decisis*, que permite uma adaptação gradual às mudanças sociais. Ambos os sistemas têm suas vantagens e desvantagens, e a escolha entre eles muitas vezes reflete as preferências e necessidades do sistema jurídico e da sociedade em que são aplicados.

O sistema de stare decisis nos sistemas de common law, como nos Estados Unidos, e as súmulas vinculantes no Brasil representam abordagens diferentes para a criação e aplicação de precedentes jurídicos. Cada sistema possui características únicas que têm implicações significativas para a adaptação das leis à evolução da sociedade. A escolha entre esses sistemas reflete um equilíbrio delicado entre uniformidade imediata e flexibilidade a longo prazo no direito, a compreensão desses sistemas e de suas respectivas vantagens e desvantagens é essencial para a evolução contínua dos sistemas jurídicos em todo o mundo.

Em um breve resumo do que foi tratado anteriormente, nos sistemas de common law, como o praticado nos Estados Unidos, o princípio do stare decisis desempenha um papel crucial na tomada de decisões judiciais. Conforme apontado por Smith (2014, p. 30), "O stare decisis é a pedra angular do sistema jurídico americano, pois estabelece que as decisões judiciais anteriores servem como precedentes vinculantes para casos subsequentes semelhantes."

No entanto, ao contrário das súmulas vinculantes, o stare decisis não é controlado por uma única autoridade central; em vez disso, é moldado ao longo do tempo por uma série de decisões judiciais. Isso resulta em um sistema mais flexível, que permite a adaptação gradual das leis à medida que a sociedade muda, mas também pode levar a uma jurisprudência mais complexa e evolutiva. Como sublinha Johnson (2018, p. 62), "O sistema de stare decisis é uma força dinâmica na evolução do direito, mas pode ser desafiador em casos de mudança social rápida."

ANÁLISE DAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

As súmulas vinculantes e o stare decisis, apesar de terem o objetivo comum de estabelecer precedentes jurídicos, apresentam diferenças significativas em sua natureza e aplicação. Para compreender melhor essas diferenças, é fundamental analisar a forma como cada sistema opera e como impacta o desenvolvimento da jurisprudência.

As súmulas vinculantes no sistema jurídico brasileiro representam uma tentativa de consolidar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e promover a uniformidade na interpretação da lei. Ao emitir uma súmula vinculante, o STF estabelece um precedente vinculante que deve ser seguido por todos os tribunais e órgãos judiciais do país. Isso significa que a decisão do STF em um determinado assunto se torna a interpretação definitiva da lei. No entanto, a rigidez desse sistema pode gerar preocupações sobre a adaptabilidade do direito às mudanças na sociedade e na jurisprudência. Embora as súmulas vinculantes busquem fornecer estabilidade e previsibilidade, elas também podem limitar a flexibilidade necessária para lidar com casos únicos e situações em constante evolução.

Nos sistemas de common law, como nos Estados Unidos, o princípio do stare decisis é baseado na construção da jurisprudência por meio de precedentes. No entanto, ao contrário das súmulas vinculantes, o stare decisis não é controlado por uma única autoridade central. Os tribunais de common law, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, emitem decisões que estabelecem precedentes, mas esses precedentes são moldados ao longo do tempo por uma série de decisões judiciais subsequentes. Essa flexibilidade permite que o sistema de stare decisis se adapte mais facilmente às mudanças sociais e legais. No entanto, essa adaptabilidade também pode resultar em complexidade e ambiguidade na jurisprudência, uma vez que as decisões judiciais podem ser revistas e avaliadas à medida que a compreensão jurídica evolui.

IMPLICAÇÕES PARA A TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS E PARA A ESTABILIDADE JURÍDICA

As implicações desses sistemas para a tomada de decisões judiciais e para a estabilidade do sistema legal são notáveis. No sistema de súmulas vinculantes, a autoridade do STF é central na criação de precedentes, proporcionando uniformidade e previsibilidade, mas potencialmente limitando a adaptação da lei a novas circunstâncias. Em contrapartida, o sistema de stare decisis permite uma jurisprudência mais flexível e adaptável, o que pode ser benéfico em uma sociedade em constante mudança. No entanto, essa flexibilidade pode tornar a jurisprudência mais complexa e sujeita a revisões frequentes.

A comparação entre súmulas vinculantes e stare decisis revela uma série de desafios e oportunidades. A busca por um equilíbrio entre a uniformidade da jurisprudência e a adaptação do direito é um desafio constante. No Brasil, a discussão sobre o alcance e a aplicação das súmulas vinculantes continua a evoluir. Nos Estados Unidos, o sistema de stare decisis enfrenta desafios na manutenção da estabilidade legal diante de mudanças sociais rápidas. Hans Kelsen, em "Teoria Pura do Direito", fornece uma estrutura conceitual para o sistema jurídico. Ele introduz a ideia da "pirâmide normativa", onde todas as normas derivam de uma norma fundamental.

Essa estrutura hierárquica contribui para a estabilidade, uma vez que as decisões judiciais são ancoradas em normas fundamentais, proporcionando uma base sólida para a previsibilidade no sistema jurídico. A relação entre a tomada de decisões judiciais e a estabilidade jurídica é complexa. Uma interpretação e aplicação consistente da lei, juntamente com a consideração dos princípios subjacentes, desempenham um papel crucial na promoção da estabilidade. No entanto, o direito também deve ser flexível o suficiente para se adaptar às mudanças na sociedade. A interação entre esses elementos é fundamental para um sistema jurídico eficaz e confiável, que mantém a estabilidade ao mesmo tempo em que atende às necessidades em constante evolução da sociedade.

A importância dessa relação é clara na prática legal, onde a estabilidade jurídica não é apenas uma preocupação teórica, mas uma necessidade real para a confiança da sociedade no sistema de justiça. Juízes e advogados enfrentaram o desafio de equilibrar a necessidade de consistência e previsibilidade com a capacidade de adaptar o direito a novas situações e realidades em constante mudança. Essa dinâmica sutil influencia diretamente a estabilidade do sistema jurídico e sua capacidade de proporcionar justiça e segurança aos cidadãos.

EFICÁCIA

No que diz respeito à eficácia, podemos categorizar os precedentes no sistema jurídico brasileiro de acordo com a escala proposta por Michele Taruffo, que engloba precedentes vinculantes, precedentes com eficácia anulável e precedentes persuasivos. Dentro dessa classificação, as súmulas vinculantes são consideradas precedentes com eficácia vinculante, ou seja, elas têm um caráter obrigatório. A diferença entre precedentes e jurisprudência, está relacionada ao número de decisões envolvidas. Os precedentes referem-se a uma única decisão em um caso concreto específico, enquanto a jurisprudência abrange várias decisões em diversos casos concretos.

No sistema de súmulas vinculantes, a possibilidade de overruling, ou seja, a revogação de um precedente, é limitada devido à natureza das reclamações. Além disso, a técnica de distinguishing não é amplamente aplicável, uma vez que as súmulas vinculantes geralmente não contêm uma distinção clara entre a ratio decidendi e o obiter dictum, já que são declarações sintetizadas da jurisprudência. Essencialmente, a eficácia das súmulas vinculantes é estabelecida de forma vertical e a priori, no momento de sua criação pelo STF. Isso a diferencia do sistema de stare decisis, no qual a eficácia dos precedentes é avaliada a posteriori.

Além disso, a súmula vinculante tem uma eficácia quase imutável, a menos que o próprio STF decida revisá-la ou cancelá-la, o que não é o caso no sistema norte-americano. Portanto, a eficácia das súmulas vinculantes difere do precedente na teoria do stare decisis, uma vez que é estabelecida de forma definitiva no momento de sua criação pelo STF, e a flexibilidade encontrada no sistema de stare decisis, juntamente com o federalismo e o modelo difuso de controle de constitucionalidade, não é aplicável ao sistema brasileiro.

TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES

A teoria dos precedentes, desenvolvida por Michele Taruffo, desempenha um papel fundamental na construção e operação de sistemas jurídicos, garantindo consistência, uniformidade e previsibilidade. Ela também permite a evolução gradual do direito e serve como controle de poder, estabelecendo limites para o poder judiciário.

Independentemente do sistema legal (civil law ou common law), os precedentes desempenham um papel crucial na manutenção da justiça e na adaptação do direito às mudanças na sociedade.

O entendimento tradicional que distinguia o common law, baseado em precedentes, do civil law, fundamentado em leis gerais e abstratas, não é mais tão nítido nos dias de hoje. Tanto os sistemas de common law quanto os de civil law incorporaram elementos do outro, desfazendo essa clara distinção. Os sistemas de common law, como o inglês e o americano, agora incluem uma considerável quantidade de legislação escrita, abordando áreas substanciais do direito. O mesmo ocorre em sistemas de civil law, onde a jurisprudência e a influência dos juízes ganharam mais relevância. Essa evolução torna desafiadora a distinção entre os dois sistemas.

A teoria geral dos precedentes fornece uma base sólida para a análise comparativa dos precedentes em diferentes sistemas jurídicos. Taruffo argumenta que, em teoria, é possível identificar precedentes em todos os sistemas legais, independentemente de serem tradicionalmente baseados em common law ou civil law. Ele propõe a análise de quatro dimensões para definir o que constitui um precedente em um determinado sistema legal, a dimensão institucional considera a estrutura do Poder Judiciário, sua organização e hierarquia, como fatores determinantes na utilização de precedentes. Ela leva em conta se a decisão é vertical (quando uma corte superior influencia uma corte inferior), horizontal (quando decisões no mesmo nível têm influência) ou auto precedente (quando um juiz segue seu próprio precedente).

Tratando da dimensão objetiva diz respeito à parte do precedente que vincula uma decisão futura, geralmente relacionada à identidade de fatos entre os casos. Isso exige a distinção entre a razão da decisão (*ratio decidendi*) e observações secundárias (*obiter dicta*). Já dimensão estrutural analisa a forma como um precedente é mencionado por uma decisão subsequente, considerando se há apenas um precedente, uma jurisprudência constante, precedentes contraditórios ou um caos jurisprudencial.

CONCLUSÃO

Este artigo destaca as principais semelhanças e diferenças entre as súmulas vinculantes no sistema jurídico brasileiro e o princípio do *stare decisis* nos sistemas de common law, com foco nos Estados Unidos. Aborda a natureza e o impacto dessas práticas nos respectivos sistemas legais, examinando como influenciam a tomada de decisões judiciais e a estabilidade do sistema legal. No Brasil, as súmulas vinculantes, estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, buscam promover a uniformidade na interpretação e aplicação da lei, fornecendo precedentes com observância obrigatória.

Enquanto isso, nos sistemas de common law, o princípio do stare decisis permite que as decisões judiciais anteriores sirvam como precedentes vinculantes para casos subsequentes semelhantes. Esses sistemas têm diferenças significativas em termos de rigidez e flexibilidade. As súmulas vinculantes brasileiras são vinculativas e rígidas, destinadas a garantir estabilidade e previsibilidade, mas podem limitar a capacidade de adaptação do direito às mudanças sociais. Por outro lado, o sistema de stare decisis nos Estados Unidos é mais flexível, permitindo a adaptação gradual das leis à medida que a sociedade muda, embora possa resultar em jurisprudência complexa e em constante evolução.

As implicações para a tomada de decisões judiciais e a estabilidade do sistema legal são notáveis. Enquanto o sistema de súmulas vinculantes no Brasil busca proporcionar uniformidade e previsibilidade, o sistema de stare decisis nos Estados Unidos permite maior flexibilidade, adaptando-se às mudanças sociais. A busca por um equilíbrio entre essas duas abordagens é um desafio constante. Além disso, a análise posterior revela que os sistemas também diferem na revisão e no cancelamento de precedentes. Nos Estados Unidos, a revisão ocorre a posteriori, durante a análise de um caso concreto, permitindo maior flexibilidade. No Brasil, a revisão de súmulas vinculantes só pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tornando o sistema mais rígido.

À medida que a sociedade evolui e novas questões legais surgem, os sistemas jurídicos devem ser capazes de se adaptar e evoluir para atender às demandas da justiça e do bem-estar social, uma análise de tendências futuras nesses sistemas pode ajudar a moldar o direito de acordo com as demandas da sociedade, promovendo uma justiça efetiva e a estabilidade do sistema legal, a busca por um equilíbrio entre a uniformidade da jurisprudência e a adaptação do direito às mudanças sociais permanece um desafio constante, mas é essencial para garantir que o sistema legal cumpra seu papel de fornecer justiça e resolver disputas de maneira eficaz.

A compreensão das semelhanças e diferenças entre as súmulas vinculantes e o princípio do stare decisis é fundamental para uma análise mais abrangente e aprofundada dos sistemas jurídicos em todo o mundo, e essa compreensão não apenas beneficia os profissionais do direito, mas também contribui para a promoção da justiça e da equidade em todas as sociedades. Conforme o direito continua a evoluir, a análise comparativa desses sistemas continuará a desempenhar um papel crucial na construção de sistemas legais mais eficazes e justos.

BIBLIOGRAFIA

Barroso, L. R. (2007). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Revista Trimestral de Direito

Público, 31, 106-107. Silva, J. A. F. (2015). Súmulas Vinculantes e Segurança Jurídica. *Revista de Direito e Política*, 14(2), 39-61.

Pereira, L. B. (2019). As Súmulas Vinculantes e a Segurança Jurídica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 11(2), 68-84.

Smith, T. F. (2014). The Doctrine of Stare Decisis in Common Law Systems: An Analysis. *American Journal of Legal History*, 54(1), 29-62.

Johnson, M. E. (2018). Stare Decisis: The Role of Precedent in the U.S. Supreme Court. *Supreme Court Review*, 60, 61-96.

Taruffo, M. (2018). *La Prueba de los Precedentes*. Marcial Pons.

ORIENTAÇÕES PARA PROCESSOS SELETIVOS SIMPLIFICADOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com o título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação⁵⁵.

MARIA DO SOCORRO FREITAS DE BRITO⁵⁶

(coautora)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre orientações para processos seletivos simplificados destinados à contratação temporária de servidores públicos e a correta prestação de contas da admissão de pessoal pelos jurisdicionados aos órgãos de controle externo.

PALAVRAS-CHAVE: Orientações; Processos; Seletivos; Simplificados.

ABSTRACT: This article aims to succinctly provide guidelines for simplified selection processes for the temporary hiring of public servants and the correct reporting of the admission of personnel by those under jurisdiction to external control bodies.

KEYWORDS: Guidelines; Law Suit; Selective; Simplified.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a

⁵⁵ pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí. E-mail: benignonovo@hotmail.com

medida seja em caráter excepcional.

A contratação temporária acontece quando existem cargos vagos que precisam ser urgentemente preenchidos, mas não existe tempo hábil para a realização de um concurso público. São aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é o contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da quantidade de editais de contratações temporárias de servidores públicos que ocorrem atualmente na União, Estados e Municípios e que é objeto da análise da legalidade pelo Tribunal de Contas da União e demais Tribunais de Contas Brasil afora.

DESENVOLVIMENTO

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

A competência constitucional dos tribunais de contas, previsão legal: Art. 71, III da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil (Art. 86, III, a da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, a, Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º, Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

Requisitos constitucionais: previsão em lei específica do ente; prazo determinado; necessidade temporária; interesse público excepcional e contratação indispensável, isto é, não há outros meios de suprir a demanda.

Resolução TCE/PI nº 23/2016

O ente precisar observar a Resolução TCE/PI nº 23/2016 informando os atos do processo seletivo como rezam os arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º:

“Art. 5º No prazo de 05 (cinco) dias após a publicação do edital de abertura do processo de contratação de pessoal por tempo determinado, deverão ser cadastrados no Sistema RHWeb – Módulo: Admissões Web os seguintes documentos, em arquivo digital com formato PDF:

I. Edital de abertura do processo seletivo, publicado em Diário Oficial, contendo no mínimo, as seguintes informações:

a) Identificação das atribuições, quantidade de vagas disponíveis, remuneração total, carga horária, duração do contrato, qualificação profissional e escolaridade exigidas, indicação da lei municipal que autoriza o processo seletivo;

b) Reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, além de outras situações previstas em legislação local, especificando o percentual, bem como, fixando a quantitativo reservado no quadro de vagas do edital, além da previsão de resultado à parte para a concorrência específica;

c) Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso;

d) Inscrição: valor da taxa, forma de pagamento, hipóteses de isenção, locais e horários;

e) Provas: data, horário, pontuação por disciplina e total, pesos, conteúdo programático e meio de divulgação do local de aplicação;

f) Recursos: forma, que deverá ser acessível, e fixação de prazos razoáveis, além do meio de divulgação;

g) Resultado final e homologação: critérios de desempate e previsão de meio de divulgação;

h) Indicação do prazo de validade da seleção e se haverá possibilidade de prorrogação;

i) Requisitos para contratação (documentação necessária).

II. Lei do ente federado que estabeleça os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme exige o artigo 37, IX, CF, fixando, ainda, direitos e deveres do contratado, regras do processo de seleção, regime de trabalho, duração dos contratos, entre outras matérias correlatas ao tema;

III. Autorização da autoridade competente, indicando a necessidade temporária de excepcional interesse público que afasta a obrigatoriedade de realização do concurso público, atendendo aos parâmetros postos na legislação específica local.

IV. pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20 inciso II e 21 da Lei Complementar

nº 101/00, conforme modelo proposto no anexo I desta resolução;

V. ato designando a Banca Examinadora, quando for o caso, e da Comissão Organizadora, indicando a publicação;

VI. declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade.

Art. 6º Deverão, ser encaminhados, ainda, no prazo de 5 (cinco) dias após a publicação, os seguintes atos:

I. Listagem contendo o resultado final no concurso e a respectiva homologação;

II. Atos de convocação dos aprovados;

III. Termos de desistência, de reposicionamento de candidato para o final de lista, entre outros atos que alterem a classificação no resultado final no certame;

IV. Ato de prorrogação da validade do processo seletivo, quando for o caso;

V. Demais editais e avisos relativos ao certame.

Do cadastramento dos atos de admissões

Art.7º A autoridade responsável por ato de admissão em caráter efetivo ou temporário na administração direta e indireta, nos poderes e no Ministério Público da administração estadual e municipal, deverá informá-lo ao Tribunal de Contas via sistema RHWeb, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da posse ou contratação, anexando o termo de posse em caso de cargo público efetivo, ou extrato contratual, em caso de emprego público ou contratação temporária”.

Art. 8º As informações referentes aos atos de nomeações deverão conter os números e as datas de publicação do edital normativo e do resultado final, bem como a classificação e a origem da vaga, informando, se originária, a lei que a criou, e se derivada, o motivo da vacância e o nome do anterior ocupante.

Art.9º Nos casos de servidores cadastrados no sistema RHWeb que optarem pela exclusão ou desligamento, vacância, rescisão contratual, as unidades gestoras deverão registrar no sistema as referidas informações, 10 (dez) dias após o respectivo ato.

Critérios a serem observados quando da análise de um edital de processo seletivo simplificado por Órgão de Controle Externo, tomando-se, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Piauí pela Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal

(DFPESSOAL1) em conformidade com a Resolução TCE/PI nº 23/2016:

1. Da necessidade de lei regulamentadora para a contratação temporária.

O inciso IX do art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabelece a exceção pela qual pode haver contratação por prazo determinado, mas, para tanto, exige que se encontrem presentes dois requisitos: a) a previsão expressa em lei; b) a real existência de “necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: **a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.** II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - **A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.** IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3210 / PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 11/11/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifou-se)

Cada ente tem que ter a lei própria local e específica que regulamente a contratação temporária, com as hipóteses de excepcionalidade, obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e da Moralidade. Possibilidade de prorrogação dos contratos temporários, prazo de carência entre recontrações, exceções permissivas de recontração sem período de carência e a forma de realização do processo seletivo

simplificado.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios precisam dispor de **lei específica, própria**, estipulando e regulamentando os prazos e demais determinações da contratação. **Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.**

Diferente de concurso público que as vagas são criadas por lei na contratação temporária não existe criação de vagas por lei e sim hipóteses de excepcionalidade previstas na lei própria e local de contratação temporária.

Os servidores temporários são impostos ao **regime contratual**. Portanto, sem vínculo direto com o cargo público ocupado. O processo seletivo simplificado é realizado pela ausência de tempo adequado.

Durante o processo de contratação temporária, o gestor precisa demonstrar a concreta justificativa para a contratação, conforme legislação vigente do ente. A celebração do contrato temporário deve ocorrer com base em justificativa plausível, com absoluto caráter excepcional de interesse público. Assim, atividades simplesmente burocráticas não justificam contratação temporária.

A lei regulamentadora precisa determinar um período de carência para que o mesmo servidor seja contratado novamente, evitando, assim, contratações e prorrogações sucessivas.

A Administração pública realiza o processo seletivo simplificado para agilizar o processo de contratação. Consequentemente, diminuindo os gastos públicos e mantendo uma atuação mais dinâmica.

Contratar temporariamente servidores por motivação divergente das regras constitucionais configura improbidade administrativa trabalhista. De acordo com o princípio da impessoalidade, a administração pública no Brasil não pode atuar com favoritismo, nem com perseguição na escolha de seus servidores.

2. Cumprimento dos artigos 19, 20, inciso II e 21 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Pronunciamento do órgão de controle interno sobre a existência de recursos orçamentários, autorização na LDO (art. 169, §1º, I e II da CF), salvo se decorrente de convênio, bem como do cumprimento dos artigos 19,20, inciso II e 21 da Lei Complementar

nº 101/00.

A prestação de serviços públicos exige um grande número de servidores, de modo que a despesa com o pagamento desses servidores é, quase sempre, a maior parcela de gastos dos entes federativos.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

Há limites também para cada poder em cada esfera:

I – na esfera federal: 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo; 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II – na esfera estadual: 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% (seis por cento) para o Judiciário; 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III – na esfera municipal: 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

No que diz respeito ao limite de gasto com pessoal nos municípios, o percentual é de 60%, quando 54% é o relativo de gastos com pessoal do executivo municipal, e 6% é de gastos com pessoal do legislativo.

Ultrapassado o teto efetivo de gastos com pessoal (54%), então o município terá 8 (oito) meses para corrigir os excessos e, para isso, a LRF previa que, dentre as atitudes a serem tomadas, seria possível, segundo o artigo 23, §§ 10 e 20, a redução de valores de cargos e funções, bem como redução temporária de jornada de trabalho e a consequente redução dos vencimentos.

Observar a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelo art. 15, da Lei Complementar nº 178/2021:

“Art. 15. O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal ao término do exercício financeiro da publicação desta Lei Complementar estiver

acima de seu respectivo limite estabelecido no art. 20 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, deverá eliminar o excesso à razão de, pelo menos, 10% (dez por cento) a cada exercício a partir de 2023, por meio da adoção, entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23 daquela Lei Complementar, de forma a se enquadrar no respectivo limite até o término do exercício de 2032”.

3. Critérios mínimos constantes em um processo seletivo simplificado.

Edital público (publicação em Diário Oficial com ampla divulgação); período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias úteis (Decisão Monocrática nº 476/2021-GWA, publicada no Diário do TCE/PI de 25/10/2021 (Processo TC/016429/2021), jurisprudência desta Corte); prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias úteis; fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos (não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista).

Da necessidade de constar no Edital as atribuições dos cargos para atender o art. 5º, I, “a”, da Resolução do TCE/PI nº 23/2016.

Se o gestor celebra contratos temporários para substituição de professores da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos. O Tribunal de Contas do Estado do Piauí na DECISÃO Nº 147/2020 de 06 de fevereiro de 2020 à unanimidade decidiu que em futuros processos seletivos sejam observadas as disposições constitucionais aplicáveis à contratação por tempo determinado e, em especial, “No cadastro de processos seletivos, indiquem a necessidade temporária de excepcional interesse público, enviando o documento mencionado no art. 5º, I, da Resolução nº 23/2016, observando que a comprovação da necessidade de contratação de professores substitutos deve ser feita com a apresentação da lista dos servidores efetivos afastados, com indicação do motivo e período do afastamento”.

Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE/PI (Vide Dec. Monocrática nº 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI nº 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária nº 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

4. Ato da autoridade competente, indicando a necessidade temporária de excepcional interesse público que afasta a obrigatoriedade de realização do concurso público, atendendo aos parâmetros postos na legislação específica local.

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

5. Ato designando a banca examinadora, quando for o caso, e da comissão organizadora, indicando a publicação.

Necessária à publicação em Diário Oficial de portaria que cria a Comissão Organizadora do Processo Seletivo Público para acompanhar, supervisionar e fiscalizar: lançamento de edital, aplicação de provas, divulgação de resultado, assim como proceder

outros atos legais, a portaria deve estar devidamente assinada pelo Gestor responsável. É recomendável que a mesma seja formada por servidores do quadro efetivo da entidade.

6. Hipóteses de suspeição e impedimento dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso.

O edital deveria contemplar as causas e suspeições dos membros da banca examinadora e da comissão organizadora do concurso, em respeito ao princípio da moralidade e isonomia, evitando a participação, na qualidade de candidato, de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Além de alicerçada nos referidos princípios constitucionais, a previsão tem supedâneo no art. 20 da Lei Nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, nos termos da Súmula 633 do STJ.

7. Declaração assinada pelo chefe do poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da lei de responsabilidade fiscal.

Declaração assinada pelo Chefe do Poder respectivo informando se houve cumprimento da determinação contida no art.16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

* Observar a Lei estadual nº 7.626, de 11 de novembro de 2021 que determina a reserva **25% das vagas em concursos públicos e processos seletivos a pessoas negras e pardas**. A medida é para cargos da administração pública estadual, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controlada pelo Governo do Piauí.

OUTROS CRITÉRIOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS:

Dos prazos nas contratações temporárias

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedação de prazos demasiadamente longos, regra geral 24 (vinte e quatro) meses, excetuando-se os casos de

características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

Prorrogação do contrato temporário

A prorrogação é permitida uma única vez e por igual período do contrato inicial (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

Prazo de carência entre recontrações

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independentemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

Exceções permissivas de recontração sem período de carência

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável. A constitucionalidade da vedação da recontração (STF: RE 635.648).

Agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias podem ser contratados de forma temporária?

Em regra, não. Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias devem ser admitidos mediante prévia aprovação em processo seletivo público/concurso público conforme art. 198, § 4º da Constituição Federal de 1988.

“Art. 198, § 4º da CF: Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”.

Contudo, é vedada a admissão para essas duas funções de forma temporária ou terceirizada, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, nos termos do art. 16 da Lei federal nº 11.350/2006:

“Art. 16. É vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos epidêmicos, na forma da lei aplicável.”

A recente pandemia de COVID-19 é um bom exemplo no qual a contratação temporária dos ACS e ACE pode ser justificada.

Processo seletivo simplificado

Os tribunais de contas desempenham um papel fundamental na fiscalização dos processos seletivos simplificados. Esses órgãos são responsáveis por garantir a transparência e a legalidade dos procedimentos adotados pelos órgãos públicos na contratação de servidores temporários por meio de processos seletivos simplificados.

Um processo seletivo simplificado é um método utilizado por órgãos públicos para contratar servidores de forma rápida e eficiente. Diferentemente de um concurso público tradicional, que pode levar meses ou até anos para ser concluído, o processo seletivo simplificado é uma alternativa mais ágil.

Esse tipo de processo seletivo é comumente utilizado para preencher vagas temporárias, como substituições de servidores afastados por licença médica ou para atender necessidades emergenciais de pessoal. Por ser mais rápido, o processo seletivo simplificado permite que o órgão público preencha essas vagas de forma mais ágil, evitando a interrupção do serviço prestado à população.

No entanto, é importante ressaltar que o processo seletivo simplificado não é uma forma de contratação permanente. Geralmente, os contratos são temporários, com prazo determinado, e podem ser renovados de acordo com a necessidade do órgão público.

Nesse sentido, os tribunais de contas têm um papel crucial na fiscalização desses processos. Esses órgãos são responsáveis por verificar se as etapas do processo seletivo foram realizadas de acordo com a legislação, se os critérios de seleção foram objetivos e claros, se houve igualdade de oportunidades para todos os candidatos, entre outros aspectos.

A fiscalização dos tribunais de contas é importante para evitar possíveis irregularidades e garantir a lisura dos processos seletivos simplificados. A atuação desses órgãos contribui para a transparência na contratação de servidores temporários, evitando

práticas como o nepotismo e a contratação de pessoas sem qualificação adequada.

Além disso, a fiscalização dos tribunais de contas também contribui para a eficiência da administração pública. Ao garantir que os processos seletivos simplificados sejam realizados de forma adequada, esses órgãos ajudam a evitar a contratação de servidores que não atendam às necessidades do órgão público, o que poderia resultar em prejuízos financeiros e operacionais.

É importante ressaltar que a atuação dos tribunais de contas não se limita apenas à fiscalização dos processos seletivos simplificados em si, mas também abrange a análise dos contratos firmados entre os órgãos públicos e os servidores temporários contratados. Essa análise visa verificar se os contratos estão de acordo com a legislação e se os servidores estão desempenhando suas funções de forma adequada.

Em suma, os tribunais de contas desempenham um papel fundamental na fiscalização dos processos seletivos simplificados. Sua atuação contribui para a transparência, a legalidade e a eficiência na contratação de servidores temporários, garantindo a qualidade dos serviços prestados pela administração pública. Portanto, é essencial que esses órgãos continuem atuando de forma efetiva na fiscalização desses processos, promovendo assim uma gestão pública mais responsável e transparente.

Quantitativo de vagas e cadastro de reserva

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir à necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles cargos em que exista grande rotatividade.

Vigência e prorrogação

Compete a Lei regulamentadora estipular os prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos art. 37, III da CF.

De acordo com o STF, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: os casos excepcionais estejam previstos em lei; o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo proibida para os serviços ordinários permanentes.

O entendimento do STF de que o caráter transitório das contratações por tempo

determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se combina com o caráter permanente da prestação de serviços essenciais à população, como saúde, educação e segurança pública.

Portanto, deve ser uma contratação temporária para suprir uma necessidade urgente até ocorrer à substituição por profissional concursado (se tiver necessidade). Por isso, é comum ter essas contratações nas áreas da educação e saúde.

Da precarização da mão-de-obra

O termo precarização do trabalho descreve a situação de emprego pouco ou não padronizado, assim como temporário, que, majoritariamente, é mal remunerado, inseguro, desprotegido e que gera renda salarial incapaz de sustentar um indivíduo ou uma família.

A contratação temporária de pessoal é um instrumento que permite que os entes públicos enfrentem situações anômalas, no que se refere à escassez de mão-de-obra para atendimento de demandas excepcionais, de maneira mais eficaz e eficiente.

Quando se contrata temporariamente apenas por conveniências políticas e em substituição de atividades permanentes, se gasta o erário e não se presta um serviço de qualidade, nem o agente público tem um mínimo de estabilidade para efetuar seus serviços, nem sendo a população devidamente atendida. Essa prática malfazeja deve ser ceifada e mitigada dos indevidamente inchados quadros funcionais dos entes públicos, devendo ser reduzida ao seu caráter essencial de excepcionalidade.

A substituição de força de trabalho efetiva por força de trabalho precária, em uma forma de tentar combinar a redução do corpo técnico em curso com a manutenção da capacidade técnica e operacional em uma conjuntura de constantes restrições orçamentárias. Essa substituição, associada à vulnerabilidade dos vínculos laborais, bem como à distinção de salários e direitos em funções semelhantes, constitui exemplo de uma relação precária de trabalho.

Este aspecto da precarização refere-se às formas menos seguras de inserção no mercado de trabalho, ou seja, aos contratos precários e sem proteção social. Trata-se do que é chamado de flexibilização nas formas contratuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no artigo 23º deixa claro que:

“Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma

remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

CONCLUSÃO

De acordo com o STF, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: os casos excepcionais estejam previstos em lei; o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo proibida para os serviços ordinários permanentes.

O entendimento do STF de que o caráter transitório das contratações por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se combina com o caráter permanente da prestação de serviços essenciais à população, como saúde, educação e segurança pública.

Portanto, deve ser uma contratação temporária para suprir uma necessidade urgente até ocorrer à substituição por profissional concursado (se tiver necessidade). Por isso, é comum ter essas contratações nas áreas da educação e saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2023/07/LEI-ESTADUAL-No-5.888-DE-19-08-2009-LEI-ORGANICA-DO-TCE-PI-REDACAO-ATUALIZADA-ATE-A-LEI-No-8.099-DE-14-07-2023.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2023/08/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-21-08-2023.pdf>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. de 2023.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

LANA FERREIRA ANDRADE:
Graduanda do Curso de Direito pelo
Centro Universitário UNA –
Betim/MG⁵⁷

Resumo: Falar de judicialização da saúde e políticas públicas sob um viés crítico em meio a discursos praticamente uniformes sobre concretização de direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à saúde, mostra-se tarefa árdua e corajosa. A busca do judiciário para obtenção de medicamentos ou tratamentos negados pelo SUS, ou por falta de previsão na RENAME, tem resultado no que chamamos de judicialização da saúde, que é a busca do Judiciário como a última alternativa para obtenção do medicamento ou tratamento ora negado. No entanto, a expansão desta judicialização pode causar um desequilíbrio no orçamento público, com a possibilidade de prejudicar políticas públicas já avançadas, preocupando gestores e juristas. Neste artigo é discutido este panorama, sobre o reflexo desta judicialização, nas políticas públicas.

Palavras chaves: Judicialização, coletividade, gestão pública;

Abstract: Talking about the judicialization of health and public policies from a critical perspective amid practically uniform discourses about the implementation of fundamental rights, notably the fundamental right to health, proves to be an arduous and courageous task. The search by the judiciary to obtain medicines or treatments denied by the SUS, or due to lack of foresight in RENAME, has resulted in what we call the judicialization of health, which is the search by the judiciary as the last alternative to obtain the medicine or treatment now denied. . However, the expansion of this judicial action could end up causing an imbalance in the public budget, with the possibility of harming public policies already agreed upon, worrying managers and jurists. This article discusses this panorama, about the impact of this judicialization on public policies.

Keywords: Judiciary, collectivity, public administration;

SUMÁRIO: 1) Introdução. 2) Direito a saúde 3) Financiamento da saúde pública no Brasil 4) Judicialização da saúde e gestão pública 4.1) Ações coletivas como solução para garantia a saúde 5) Saúde: Direito de todos

1 INTRODUÇÃO

57 andradeflana@gmail.com

A expressão Judicialização da saúde, em um contexto democrático, expressa reivindicações e modos de atuação legítimos dos cidadãos para ter garantido a promoção dos direitos a saúde, direitos estes firmados por leis nacionais e internacionais.

No mundo jurídico vem-se apresentando um movimento massivo em busca da efetivação de prerrogativas presentes na Constituição, no caso, importa-se precipuamente a judicialização da saúde, cuja expansão desenfreada vem alarmando gestores e juristas.

A grave crise orçamentaria que atinge tanto a saúde pública quanto a privada, revelada também pelo desajuste entre custos deve ser devidamente enfrentada. A primeira auditoria específica sobre judicialização da saúde, realizada pelo Tribunal de Contas da União entre 2015 e 2016, revela que os gastos federais com processos judiciais na área da saúde continuam crescentes. Os resultados da Auditoria Operacional, que examinou dados da União, Estados e municípios, evidenciam que 80% das ações judiciais se referem ao fornecimento de medicamentos, muitos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e que a maior parte dos demandantes das ações são individuais.

Esse termo abarca a procura do Judiciário pelo cidadão para que o Poder Público seja compelido, através de provimento judicial, a implementar um determinado tratamento, ou fornecimento de um medicamento negado pelo SUS ou fora da previsão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

É fato, o sistema de saúde no Brasil não tem sido capaz de promover a contento ao cidadão o Direito à Saúde, conforme prevê a Constituição Federal, e o que deveria ser uma exceção tem se tornando recorrente, e a cada ano aumenta o percentual que participa destes provimentos judiciais nos orçamentos públicos destinados a saúde, onde resulta em um deficit na gestão pública, que pode vir a causar desequilíbrios na execução de políticas públicas.

Nesse artigo, procura-se, por meio de uma pesquisa teórico bibliográfica, estudar brevemente esse panorama, considerando uma análise da importância dos Direitos Sociais e do Direito à Saúde, bem como da legislação correlata a fim de atender a todos.

2 DIREITO A SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Inicia-se o tema com um conceito a saúde, que entre muitos conceitos de saúde, o mais abrangente e preciso provavelmente é dado pela organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de Constituição datada de 26 de julho de 1946 conceitua-se saúde como: "o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção". Observa-se ainda que para conceituar o termo saúde, precisa-se avaliar todo um contexto de qualidade e equilíbrio de vida.

Adentrando no contexto histórico, verifica-se que a preocupação com a saúde e sobretudo com o seu tratamento jurídico não é recente. É possível localizar em um primeiro momento a saúde no rol dos direitos ditos naturais do homem, a ideia de saúde estava envolta ao um manto de sobrenaturalidade, a doença estava ligada a ideia de castigo e a cura das enfermidades se dava através de procedimentos mágicos, circunscritos a curandeiros ou de feiticeiros. Essa mesma concepção de saúde permeou igualmente a idade média.

Nesse correr da história verifica-se que a conquista pelo direito à saúde não tinha pretensão de se desvincular dos interesses das classes dominantes. Somente no século XVIII, é que houve pela primeira vez a referência dos direitos estendidos a todos os homens.

Não obstante seu caráter social, o direito à saúde encontra-se inevitavelmente relacionados com outros direitos igualmente fundamentais, o que pode ser visto pela análise sistemática da Constituição Federal. E neste rumo observa-se que no rol dos direitos e garantias fundamentais do homem, está consagrado o direito com outros bens igualmente fundamentais, o que pode ser vislumbrado através da análise sistemática da Constituição Federal. É de observar-se, nesse rumo, que, no rol dos direitos e das garantias fundamentais do homem, está consagrado o direito à saúde.

O exercício destes direitos somente é possível em um Estado Democrático de Direito, e não obstante previsão expressa na Constituição Federal, é possível verificar que o direito a saúde ainda encontra dificuldades para ser efetivado.

Direitos sociais são aqueles que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo estado de direito. O cidadão possui uma extensa gama e direitos constitucionalmente tutelados, que visam a sua proteção de maneira holística, ou seja, de forma integral.

Os direitos fundamentais enquanto direitos do homem merecem especial relevo no que diz respeito a sua proteção e efetividade. O direito à saúde é um direito humano fundamental e universal. É fundamental porque está conectado diretamente à vida, de modo que, o efetivo direito à saúde, a integridade física, psíquica e a própria vida, serão inevitáveis.

A saúde trata de um direito social prestacional, impondo ao Poder Público atuar preventivamente, estabelecendo políticas públicas, de assistência efetiva, inclusive legitimando o Judiciário a determinar ao Estado a operacionalizar o direito à saúde.

Pela análise dos fatos históricos, é possível verificar de plano a importância da garantia da saúde desde os tempos antigos, que veio a ser protegida a partir da vigência do Estado Social, se tornando um dever do Estado proteger a saúde do cidadão.

3 O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

O Estado realiza as políticas públicas com os recursos das receitas obtidas com o resultado de sua atividade financeira. Com a transformação no desenvolvimento do Estado e do Direito, a concretização dos direitos fundamentais é promovida através destas políticas públicas.

Quando foi promulgada a Constituição de 1988, o direito a saúde foi classificado como um direito fundamental. A criação do SUS teve como objetivo a promoção e equidade sanitária da população em geral, consistindo em princípios constitucionais, ou seja, na universalidade e igualdade de assistência a toda população, garantindo os serviços de saúde a todos sem distinção.

No entanto, para que estes serviços sejam prestados à população é necessário que haja um sistema de financiamento eficaz e permanente, que foi tratado nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal, sendo que o financiamento do SUS será promovido além de outras fontes, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

E quando estes provimentos judiciais são em desfavor de pequenos Municípios, muitas vezes têm resultados catastróficos, onde o orçamento para a saúde pode ser consumido em considerável parcela, sendo que em alguns municípios chega a superar os 50%, para cumprimento de demandas Judiciais.

Quando assim ocorrer deve o judiciário ofertar prazo adequado para fazer o pregão e comprar o produto. E, ainda que seja urgente, deve haver um tempo para a cumprimento da demanda. Não é razoável, como algumas vezes ocorre, dar prazo de 01 dia para fornecimento de um medicamento importado, sob pena de multa diária, pois é uma obrigação impossível de ser cumprida, apesar de a responsabilidade ser solidaria, mas muitas vezes, somente o município compõe a lide.

Observa-se claramente que algumas decisões são desproporcionais com o ente que estará obrigado. Na análise do caso concreto, é inevitável “escolhas trágicas”, no sentido de que nem todas as necessidades poderão ser atendidas.

De acordo com o AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 473358 / MS 0012107-37.2012.4.03.0000 do Superior Tribunal Federal da 3ª Região é competência do

Estado a garantia da saúde, mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. UNIÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. Compete ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde. **Existe expressa disposição constitucional sobre o dever de participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal. Negar à agravada a internação pretendida implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida.** Agravo a que se nega provimento. (TRF-3 – AI: 12107 MS 0012107-37.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Data de Julgamento: 18/10/2012, QUARTA TURMA) – Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>

As demandas judiciais, estão cada vez mais evidenciadas nos Tribunais de Justiça, onde os cidadãos têm como ponto de apoio de suas garantias e direitos fundamentais, quando não alcançados pelo usuário o acesso ao tratamento ou medicamento.

O recurso que é coletivo, acaba sendo usado individualmente para o usuário que entra com pedido judicial, pois o orçamento da saúde também é utilizado para cumprimento das decisões judiciais, gerando um impacto econômico nos cofres públicos.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E GESTÃO PÚBLICA

A judicialização da saúde é um processo datado dos fins do século XIX, sendo que este movimento veio com evidência no Brasil com a redemocratização trazida pela Constituição de 1988, com a preconização da dignidade humana e o acesso sem empecilhos à Justiça, tendo como segunda causa o fato de que os direitos humanos fundamentais ali previstos, podem ser levados ao judiciário, e como terceira causa o controle de constitucionalidade.

Nos últimos tempos, a judicialização vem crescendo, propondo um desequilíbrio, e por vezes alterações no orçamento ora determinado a saúde.

A judicialização resulta numa transferência de poder dos gestores públicos de administrar os orçamentos para juízes e tribunais, com alterações significativas, podendo causar um desequilíbrio nas políticas públicas estabelecida para a saúde.

As primeiras ações judiciais iniciaram na década de 90, em busca de medicamentos/tratamentos não cobertos pelo SUS, foi para pacientes com AIDS, o que acabou sendo incluída tanto a medicação, como o tratamento nos protocolos públicos, o que parece ser uma solução efetiva para proporcionar a todos uma igualdade de tratamento.

No entanto, nos últimos anos demandas contra o Estado, Município ou União tem crescido muito, de forma a provocar discussões sobre a legitimidade e até a possibilidade do atendimento, haja vista o desequilíbrio no orçamento público.

É importante que o poder judiciário reveja o movimento da judicialização da saúde, sob o foco de quais as medidas a impor ao Estado a fim de esgotar estas discussões, com um viés voltado para um atendimento a coletividade, pois assim estaria preservado o princípio constitucional do cidadão tendo o estado a obrigação da garantia a saúde.

Não há razão ou elementos seguros para o crescimento numérico destas ações, mas o sucesso quase certo parece concorrer para esta evolução, fato que não pode ser ignorado. É certo que o Judiciário e o Estado não podem fechar os olhos para os cidadãos que promovem estas demandas, mas necessário a busca de caminho mais curto.

E a situação mais facilmente resulta em desequilíbrio maior quando estas ações são propostas em desfavor do município, que com orçamentos menores, e atualmente com a crise dos cofres públicos, muitas vezes com ausência de repasse, se responsabilizam na imposição das decisões nas demandas. Assim, sem alternativas, desviam verbas destinadas a outros serviços públicos, até mesmo da saúde para atender os provimentos. O Judiciário tem papel importante na atuação da proteção dos direitos fundamentais, é o guardião da lei, mas para a intervenção em políticas públicas, onde o cidadão busca por tratamentos e medicamentos, muitas vezes de alto custo, deve ser decidido com cautela.

Por obvio não pretende a morte ou insalubridade das pessoas que buscam o judiciário, mas quando é determinado através de provimento judicial, este dinheiro vai sair de algum lugar, e se a decisão não for ponderada, com ausência de extravagâncias emocionas o custo desta demanda junto a outras centenas de despesas, pode

comprometer e colocar em risco a própria continuidade das políticas públicas. Neste caso, deve haver uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional.

É evidente a necessidade de resolver de imediato os problemas relacionados a saúde com mais urgência, mas, enquanto isso, a judicialização deve ser conduzida de forma consciente, garantindo o atendimento, mas tentar evitar o desequilíbrio das políticas públicas.

Não se quer colocar a deficiência na saúde pública na judicialização, mas vem havendo aumento dos gastos pelo número de processos. O monitoramento em 2017 produzido pelo Observatório da Análise Política em Saúde (OAPS), *"Acompanhamento das Decisões Judiciais Relativas à saúde"*, mostrou que entre 2015 e 2016, os gastos com provimentos Judiciais continuam crescendo, de 70 milhões em 2008 foi para 1 bilhão em 2015, e hoje soma mais de 1,5 bilhão e meio.

O Juiz é um profissional extremamente capacitado, mas sua área de atuação abrange somente a área jurídica. Nesse caso, para tomar decisões relativas a outras linhas de conhecimento necessita ser assessorado. Por isso, a necessidade de parcerias e assessorias especializadas para opinar com propriedade sobre medicamentos e tratamentos.

4.1 Ações coletivas como solução para garantia a saúde

São obvias as vantagens do ingresso de ações coletivas, quais sejam: economia de tempo, dinheiro, trabalho e a grande vantagem, vai atingir um número muito maior de pessoas. O principal exemplo é a Ação Civil Pública, pois seu objetivo precípua é assegurar a consecução de direitos fundamentais de Terceira Dimensão, de titularidade coletiva e difusa, conforme explica Asensi:

A ACP é uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado, e consiste num dos mais importantes instrumentos processuais de judicialização da política no Brasil. A relevância que a ACP adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro se deve a algumas razões, tais como: a) seu extenso rol de legitimados (MP, Defensoria Pública, Administração Pública direta e indireta e associações) para propor a ação no Judiciário; b) relevância na tutela de direitos difusos e coletivos (saúde, meio-ambiente, consumidor, ordem urbanística, etc). Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55.

A reflexão no que refere as convergências entre a ACP e as políticas públicas de saúde pode ser feita a partir de uma definição nova do conceito saúde. A integração, prevenção, relação de vínculo, entre outras, que descrevem as políticas públicas da saúde, se forem estabelecidas de forma objetiva, haverá uma independência e integração do indivíduo.

Apesar de muitos esforços para integrar os profissionais da saúde pública, com isso garantir um olhar mais integral, universal à saúde das pessoas, ainda existem falhas. Os profissionais das diversas áreas de atuação na saúde, ainda são apenas parte de uma equipe multiprofissional.

Há ainda que considerar a importância da adoção de ações preventivas na área da saúde, prevista na Constituição Federal, em que os direitos não podem ficar condicionados a *“boa vontade”* do administrador.

O reconhecimento dos elementos estratégicos do planejamento, gestor e equipe são fundamentais e poderão atuar como atores sociais, trabalhar no enfrentamento de problemas, na capacidade de gestão e no desenvolvimento de ações que atendem as necessidades da população.

5 SAÚDE: DIREITO DE TODOS

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, se preocuparam mais em arrolar a competência do Poder Público para legislar sobre a proteção à saúde. Com a Constituição Federal de 1988 a saúde foi incorporada como condição de direito individual de caráter fundamental, conferindo a devida importância à saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve em seu artigo 196, a saber, *“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Em uma breve análise do dispositivo acima se pode dizer que a saúde é direito de todos. Verifica-se um direito individual com um direito coletivo, sendo dever do Estado garantido mediante políticas públicas, que por sua vez são ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

É gritante, que há aqui um flagrante deficit democrático, pois todos têm direito a proteção da saúde, enquanto na intervenção judicial na gestão das políticas públicas, há

um menosprezo na interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, já que os provimentos só abarcam aquele amparado pelo judiciário.

O sistema brasileiro de saúde tem seus alicerces nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, tendo o artigo 196 como núcleo central do direito à saúde para o ordenamento jurídico brasileiro, é nele que está disposto que o direito é de todos.

A interpretação da norma não pode ser transformada em promessa constitucional, o caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Constituição Federal tem que ter destinatários, que é a coletividade.

No texto Constitucional de 1988 o direito à saúde foi estabelecido como direito fundamental social, sendo que o artigo 196 compôs os direitos sociais, contemplando o direito à saúde, além do artigo 6º que relata sobre os direitos sociais. A Constituição elabora no artigo 196 o direito à saúde como um direito universal e igualitário assegurando, como figura mantenedora da prestação efetiva dos direitos fundamentais referentes à saúde.

A Constituição Federal tem o dever de assegurar a vida a todo cidadão, garantindo-a mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, de acordo com o que dispõe o artigo 196 da Carta Magna.

No artigo 197 da Constituição Federal está claro que a saúde é de responsabilidade do poder público, sendo responsável por criar normas para regulamentar, assim como deve controlar e dar respaldo financeiro para o desenvolvimento e implantação de políticas públicas na área da saúde.

A União age através do ministério da saúde, que criado em junho de 1953 através da lei nº 1.920, ficou responsável pela saúde no âmbito nacional, que tem como objetivo cuidar, proteger, fiscalizar e promover políticas públicas de âmbito nacional na área da saúde.

Assim, cabe a União entre outras coisas, a fiscalização da saúde em âmbito nacional. Ela criou uma autarquia em regime especial a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) que tem como objetivo a promoção da saúde no Brasil, além de fiscalizar alimentos, medicamentos e até cosméticos e serviços de risco a saúde.

Assim dispõe o artigo 6º. da Constituição Federal:

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. (Lei complementar Nº 141, DE 13 de janeiro 2012).

Assim cabe ao Município executar as ações e serviços de saúde no âmbito de seu território, planejar, organizar políticas públicas no seu âmbito territorial, além de atuar na fiscalização da saúde pública juntamente com a união e os estados. É o Município que faz o papel mais importante, pois é contato direto dos usuários com o SUS, cabendo o bom andamento do sistema de saúde.

O Brasil teve uma grande e significativa evolução com a criação do SUS e a Constituição Federal de 1988 não só inovou, mas também garantiu o acesso gratuito e igualitário a quem não mantinha vínculo com a previdência social, mas ainda falta muito a melhorar, pois a área da saúde precisa de atenção, pois sem saúde não há vida.

Não há dúvida que deve haver limites da atuação do Judiciário na garantia do direito fundamental social à saúde, dentro de uma perspectiva do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para que, em agindo assim, não proporcione amparo tão somente aquele que busca o judiciário, mas também a toda coletividade.

CONCLUSÃO

A grave crise orçamentária que atinge a saúde pública, revelada entre outros com a escalada da judicialização deve ser devidamente enfrentada.

Importante dizer que grande parte dessas ações promovidas em desfavor do SUS, tem como alvo o acesso a medicamentos e tratamentos que ainda não constam no rol de procedimentos obrigatórios da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) ou que sequer tenha sido liberado pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) para serem comercializados no país.

O Ministério da Saúde não deve fechar os olhos para as necessidades de atualização dos procedimentos médicos que o SUS deve cumprir. Em que pese considerar que deve haver forma e mecanismo de avaliação prévia a essas incorporações, pois não há no mundo um país que ofereça de tudo a todos indiscriminadamente.

É uma questão de transparência, que além de proteger o orçamento público, previne fraudes indesejáveis. A saúde dos brasileiros agradece.

Em face do que foi mencionado, percebe-se que a judicialização da saúde merece atenção de todos os setores da sociedade, pois seu crescimento desenfreado poderá trazer graves consequências para o equilíbrio orçamentário. A saúde é um direito humano fundamental, mas encontra-se mal implementado; esse é o principal fator que desencadeia a expansão do movimento. No entanto, é necessário haver um equilíbrio das políticas públicas previstas, para que o orçamento público não seja onerado a tal ponto que torne inviável a atuação do Estado.

As soluções possíveis não são complexas a priori, mas demandam o trabalho conjunto de todos os atores envolvidos no processo: pacientes, médicos, Judiciário, Ministério Público, advogados e sociedade em geral. Tudo isso, no entanto, deve caminhar lado a lado com a exigência de melhorias gradativas no SUS, em busca de um sistema público de saúde de qualidade, a fim de que, no futuro, a judicialização dessa prerrogativa não seja mais necessária.

É necessário mencionar que em 2018, o novo diagnóstico demonstra que, entre 2016 e 2017, houve um incremento de aproximadamente 400 mil processos judiciais, isso indica que o tema exige a atuação coordenada de todos os atores do sistema de saúde e do sistema de Justiça.

Importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do Fórum da Saúde, passou a apoiar políticas voltadas para auxiliar os magistrados do Brasil na resolução dos casos envolvendo a judicialização da saúde.

Há uma grande complexidade que envolve o tema, de um lado, o cidadão doente e do outro, encontra-se o estado, muitas vezes sem recurso financeiro, Segundo dados do levantamento feito pelo Conselho Nacional de Saúde, na 13ª. Edição do relatório justiça em números, considerando os processos julgados até janeiro de 2017, totaliza mais de 01 milhão de ações e o novo diagnóstico numérico indica que existe uma explosão de novos processos de judicialização da saúde no Brasil. Além disso, o preceito no artigo 196 da Constituição Federal é claro, a assistência à saúde é um direito de todos.

A manifestação do Poder Judiciário mostra-se indispensável, portanto, para isso requer um agente público preocupado com os destinos de toda a coletividade, devendo ser pensada a saúde como um direito de todos.

O texto apresentado, não pretende extrair crítica de quando as questões sociais de cunho político são levadas ao judiciário, porém, mostrar que a ingerência nas decisões

pode provocar uma coerência questionável e por que não dizer inapropriada a nível social global, uma vez que acaba gerando reflexos que abalam a condução da administração financeira do Estado.

Referências

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1341/1346

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Judicialização e legitimidade democrática*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010.

CORDEIRO, karine da Silva. Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012, p.146/147.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, P.43/44

MENDONÇA, Martha; SEGATTO, Cristiane. *R\$ 520,00 por uma vida*. Época, n. 643, p. 94 - 101, Rio de Janeiro, 13 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005. p.21.

Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Organização das Nações Unidas, 1946.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direitos humanos: ações afirmativas e políticas públicas na esfera do direito fundamental à saúde – o dilema entre o mínimo existencial e a Reserva do Possível*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito na Universidade da Amazônia. Belém, maio 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e "Reserva do Possível"*. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A MULHER E OS FATORES PREDOMINANTES NO TRÁFICO DE DROGAS NA CIDADE DE DOURADOS-MS

MIDIAN GALVÃO SARMENTO CASTRO:

Advogada. Bacharel em direito pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD⁵⁸

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo relatar a formação de gênero na história e a construção do conceito de mulher mula, e o encarceramento feminino na cidade de Dourados-MS. Com enfoque nas dificuldades enfrentadas pela mulher na sociedade e que se materializam no seu encarceramento. Visando demonstrar como o machismo estruturado, bem como, legislações vigentes aprisionam em massa, não sendo eficazes no combate ao narcotráfico, dando legitimidade a concepção de um direito penal seletivo. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e da legislação brasileira.

Palavras-chaves: Encarceramento feminino. Feminismo. Sistema prisional feminino. Criminologia. Tráfico de drogas.

ABSTRACT: This article aims to report the formation of gender in history and the construction of the concept of female mule, and female incarceration in the city of Dourados-MS. Focusing on the difficulties faced by woman in society and which materialize in their incarceration. Aiming to demonstrate how structures male chauvinism, as well as, current legislation imprison en masse, not being effective in fighting drug trafficking, giving legitimacy to the conception of a selective criminal law. The bibliographic, referential methodology was adopted in the research, using books, articles and works that deal with the subject studied and Brazilian legislation.

Keywords: Female incarceration. Feminism. Female prison system. Criminology. Drug trafficking.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo será contemplado a inserção das mulheres no tráfico de drogas, considerando as circunstâncias que originam essa entrada, as dificuldades na construção de gênero durante a história, que perpetuam o machismo na sociedade e que reflete no mundo dos crimes. Também será trabalhado as funções da mulher nesse meio, advindas do reflexo da estrutura patriarcal, visto que, nesse meio a mulher, espelhada pela

⁵⁸ E-mail: midiangalvao@hotmail.com

sociedade, fica refém dos serviços de menor remuneração e poder, assim como os de maior risco.

Será observando nesse trabalho a falta de oportunidades na sociedade e a quantidade de responsabilidades destinadas as mulheres, bem como, seu perfil socioeconômico, cor da pele, situação econômica, oportunidades de emprego, localidade e educação. Analisando o modo como o Estado, por meio da construção e aplicação das legislações, emprega seu poder punitivo, escolhendo suas vítimas e traçando o perfil do encarceramento em massa.

Essa pesquisa trará uma distinção entre trabalho produtor e reprodutor no tráfico e essa dinâmica recai sobre a função das mulheres como “mulas” no narcotráfico. As premissas tratadas neste trabalho abordarão a realidade das mulheres “mulas”, e também, o estado do aprisionamento feminino, dedicando atenção a mulheres pobres, com poucas oportunidades de crescimento educacional e empregatício, mulher que são em geral não brancas, buscando mostrar como os estigmas de gênero afetam vários aspectos de suas vidas, deixando-assujeitas a uma série de fragilidades que dificultam a ascensão de nível econômico, gerando um ciclo que as prende numa situação de pobreza, é o que diz Pearce (1978). Nessa realidadeo tráfico de drogas entra integrando as nuances dessa situação de fragilidade da mulher, em virtude da geração de empregos direta ou indiretamente.

Por fim, será exposto as o perfil majoritário das mulheres alcançadas pelo sistema punitivo e encarceradas na cidade de Dourados/MS.

2.CONSTRUÇÃO DE GÊNERO E MULHERES

Para se falar em gênero é necessário compreender como iniciou a problemática da mulher no crime, até o final do século XIX era baseada em aspectos subjetivos, ou seja, circunstâncias éticas e morais, sendo categorizadas apenas como mulheres criminosas as prostitutas, bruxas e lésbicas. No início do século XX, Lombroso aponta em seus estudos mulheres como seres incapazes de assimilar os símbolos normativos e sociais, com isso presumia que a mulher cometia menos crimes que o homem, em razão do seu estado feminino, o qual condicionava elas aos crimes “tipicamente femininos”, tais como aborto, prostituição e infanticídio Heidensohn (1997 *apud* Pancieri, 2014) em um primeiro momento traz a fase “pré- história do gênero e crime”, o qual ela considera o início da criminologia feminista com estudos que associavam a posição social da mulher criminosa com sua fragilidade. Em um segundo momento o autor trata de uma fase *moderna* onde existem estudos vanguardistas com críticas a criminologia utilizada e seu objeto. Resultando o surgimento do estudo do gênero na esfera da criminologia que foi possibilitado devido as modificações nos padrões da teoria tradicional. Seguindo da fase

“moderna” dá-se início ao “período de consolidação” onde pode se encontrar debates feministas variados, podendo ser divididos em “a mulher e o crime e a mulher e o sistema de justiça criminal” (Chernicharo, 2014).

Na década de 70, feministas iniciaram debates sobre a desigualdade da mulher no Direito Penal, segundo Heidensohn e Rafter (1995 *apud* Pancieri, 2014) “expandiu para a inclusão do gênero como elemento básico das estruturas sociais para todo o mundo”, iniciando uma mobilização de libertação da mulher, fundando as bases para mudar as relações de poder (Giacomello, 2013). Nesta década foi desenvolvida a Teoria dos Papéis que examinava a criminalidade feminina, baseada nos problemas enfrentados pelo movimento do feminismo.

A autora Harding (1996, *apud* Pancieri, 2014), afirmava que a ciência moderna se baseava entre sujeito e objeto, razão e emoção e considerava que os primeiros traços eram qualidades masculinas, sendo o padrão da ciência moderna, mesmo que de forma contida tendo a dominação masculina e ocultando a distinção de gênero. A discussão levou a fundação de uma Teoria Feminista da Consciência como crítica à ciência androcêntrica, buscando um modelo alternativo que tenha como fundamento a luta de liberdade das mulheres, contrapondo esse modelo androcêntrico.

Para compreender a construção social do gênero é necessário compreender que ele é visto em sentido social, ao passo que o sexo é em um sentido biológico, fazendo-se necessário entender isso para que seja viável a análise crítica da separação social do trabalho entre homem e mulher, objetivando acabar com os ideais já firmados para que se formule um projeto emancipador da mulher, formulando novos conceitos da vida social, conforme Rago (1998, *apud* Pancieri, 2014). Com o entendimento que o poder é separado de forma desigual entre os sexos, colocando a mulher em posição inferior na sociedade o feminismo trás o gênero como categoria analítica que se equipara a categoria de exploração de classe.

De acordo com Baratta (2002), o direito traz seus critérios objetivos a serem aplicados quando homens e mulheres são colocados sob sua ótica, sendo eles critérios masculinos, sendo assim a justiça criminal um reflexo da estrutura social. Reproduzindo a estrutura social, com seus papéis, gênero, classe social, raça todos refletidos no poder punitivo e agredindo a mulher duplamente estando presente em mais de um papel na análise dentro do sistema criminal.

O sistema de controle informal apesar de dirigido as mulheres, devido aos papéis domésticos e de reprodução, se demonstra como masculino e existente para manter e assegurar o status do gênero do Direito Penal masculino. Sobre isto, Ramos (2012), destaca que:

Enquanto o Direito Penal age no âmbito público e na complementação aos outros sistemas de controle, como educação, política, econômica, na reprodução das relações de desigualdade, o sistema de controle informal, age precipuamente na esfera privada, voltado para reprodução destas. Assim, o sistema da justiça criminal é integrativo do sistema de controle social informal, sendo aquele preferencialmente masculino, e este, feminino. Por isso, quando se trata de mulheres que cometem delitos, principalmente aqueles que não se espera sejam cometidos por mulheres, estas são mais criminalizadas, ou seja, não contam com a postura *cavalheiresca* dos juízes.

O direito aparece como retificador do poder patriarcal, escorando as relações de poder, mantendo as instituições tradicionais e estereótipos sociais presentes na sociedade. Sendo o controle jurídico um legitimador para o controle informal, os dois se sustentando para garantir a subordinação feminina. Compreendendo essa ligação do controle informal com o formal fica evidente que a estrutura social reflete no processo de criminalização feminina.

A cisão entre trabalho produtivo e reprodutivo, no sistema capitalista patriarcal e racista, institui um enorme enaltecimento do serviço realizado por homens brancos e o desmerecimento e a falta de oportunidades aos grupos sociais marginalizados nesta hierarquia. Considerando isto, quanto mais excluída a mulher, maior a probabilidade que ela seja introduzida no mercado informal e ilegal, vendo o tráfico de drogas como uma oportunidade de trabalho.

A seletividade que existe neste tipo penal se baseia na ausência de uma quantidade exata de droga para configurá-lo, fica a cargo de decisões judiciais, que são constituídas em flagrantes que, em geral tem como testemunhas os policiais, bem como a propagação de valores sociais eternizados pelo racismo, machismo e elitismo.

Com a ocupação das mulheres na sociedade, deu início a crimes antes cometidos em sua maioria por homens, como por exemplo o crime de tráfico de drogas, o qual, contudo, submete a mulher a posições inferiores, acentuando sua criminalização.

A mulher encarcerada não é punida apenas pelo crime cometido, com toda estrutura carcerária, os trabalhos oferecidos nos presídios, visam a punir pela conduta social não aceitável enquanto mulher criminoso, buscando por meio disso, conter e adestrar a figura da mulher. Espinoza (2004, *apud* Pancieri, 2014) alega que a urgência de

controlar as mulheres ainda persiste, permanece o intuito de as transformar e encaixar nos parâmetros tradicionais, que estão em conforme com os padrões sexistas. Essa ideia visa o caráter reabilitador do encarceramento que busca reestabelecer a mulher em seu papel de mãe, esposa e guardiã do lar, reproduzindo a desigualdade de gênero. Além disso, em muitos casos não existe nem ao menos esses trabalhos, sem a estrutura necessária para os realizar, sendo as presas privadas da possibilidade de remição diária da pena.

O sistema prisional garante tamanha exposição a vulnerabilidade da mulher que ataca até suas relações familiares, a exclusão da mulher encarcerada inicia antes do ingresso, permanece e perdura até depois de obter sua liberdade (Espinoza, 2004). A disparidade entre o número de visitas em presídios masculinos e femininos é evidente, acentuada também pela falta de estrutura necessária nos presídios femininos, ou seja, o sistema discrimina a mulher criminosa, cooperando com o isolamento da mulher criminosa.

É inconcebível que mulheres, quando encarceradas, ficam sujeitas a aceitar punições que excedem a sua pena pelo crime cometido, que atingem sua dignidade enquanto ser humano e mulher. As particularidades das mulheres são ignoradas pelo sistema carcerário, que não oferece atenção às suas necessidades de higiene pessoal durante o período menstrual, não possuindo acesso ao mínimo, como absorventes. A CPI do Sistema Carcerário⁵⁹ constata que remédios para cólica não são distribuídos e absorventes higiênicos, quando entregues são em quantidades mínimas, que não suprem a necessidade, o que leva as encarceradas a usarem o miolo de pão servido na penitenciária como substituto⁶⁰.

É evidente, como supramencionado, que os estudos da criminologia crítica mostram as disparidades entre a criminalização do homem e da mulher e é necessário analisar como isso afeta a mulher no âmbito da política de drogas e a sua inserção na estrutura no comércio de drogas, a qual, ocupa níveis baixos na hierarquia.

Na intenção de fomentar outras vertentes de compreensão do fenômeno delitivos, aparecem as teorias do conflito, as quais, ligam o fenômeno criminológico, ou

⁵⁹ CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, Centro de Documentação e Informação Edições Câmara Brasília | 2009, p. 204

⁶⁰ BONATO, José. Por falta de material higiênico, presas improvisam miolo de pão como absorvente no interior de SP. 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/24/por-falta-de-material-higienico-presas-improvisam-miolo-de-pao-como-absorvente-no-interior-de-sp.htm>. Apud VALOIS, Luis Carlos, O Direito Penal da Guerra as Drogas, p.625

seja, a questão criminal e a desigualdade social. As principais direções marcadas pelas teorias sociológicas do conflito são: *labelling approach* e a criminologia do conflito.

Com relação a teoria *labelling approach*, tem sua composição pelas teorias da rotulação do estigma e do estereótipo, essas três abordagens buscam a efetivação do princípio de expulsão da vítima expiatória. Segundo Preussler (2015) a vítima expiatória é tratada como bode expiatório. Supõe que o controle social segrega suas vítimas selecionadas, construindo rotulações, estigmas e estereótipos, para, com isso, torná-los vítimas extinguíveis do sistema criminal.

Ao passo que, a teoria criminológica crítica coloca em evidência as razões de determinado controle social. O sistema de controle social elege alguns grupos sociais, utilizando rotulações e estereótipos para os criminalizar, com desejo de destruir a vítima expiatória, um sistema que, visa fomentar um *apartheid* de classe, sendo essa uma realidade que continua presente na atualidade de democracias capitalistas, consoante Preussler (2015), deve ser ressaltado que "a teoria da vítima expiatória somente pode nos fazer compreender, portanto, que algumas pessoas ou grupos são estigmatizados como ovelhas negras ou vítimas expiatórias, e que este processo cumpre com uma função exoneratória e por sua vez consolidante da sociedade" (Kaiser 1978, *apud* Preussler, 2015, p. 13).

As teorias criminológicas do conflito descrevem a sociedade como algo que é caracterizado com contínuas mudanças, tais transformações ocasionadas por conflitos que acontecem no meio social. Todas as coisas que estão conectadas a sociedade possuem o dom de ajudar nessa metamorfose. O raciocínio criado por este modelo considera as relações que ocorrem com a lei e a sociedade, ou seja, uma relação que pode ser explicitada em coerção e repressão.

O poder normativo age favorecendo classes que são dominantes, em prejuízo de outrossujeitos que constituem e integram a sociedade, sendo o poder normativo reflexo dos interesses de quem o produz, tornando a lei um instrumento para conservar o poder. Conseqüentemente, os formuladores das leis continuam exercendo poder, visto que, as normas estabelecidas são editadas pelos próprios. Os sujeitos que contrariam esta lógica são os chamados de *desviantes ou criminosos* (Preussler, 2015).

3. A REALIDADE DA CONSTRUÇÃO DAS MULHERES MULAS

O sistema econômico garante o crescimento da indústria do tráfico, acolhendo os renegados do mercado de trabalho lícito, o que é de grande relevância para compreender a estruturação do comércio de drogas brasileiro, que atinge os mais passíveis, sendo pequenos traficantes, colocando em pontos baixos da hierarquia a participação feminina.

Estudos realizados no Brasil mostram que nosso sistema penal não realiza de forma eficaz investigações para destruir as grandes organizações criminosas e prender os responsáveis pelo alto escalão do tráfico de drogas, na verdade, sobrecarregam presídios com pessoas em geral primárias, que foram flagradas com quantidade pequena de entorpecentes e pouco associadas com o crime organizado de venda de drogas (ITTC, 2012; NEV, 2011; SDP, 2012; Boiteux, 2010, *apud* Pancieri, 2014). Ainda que, atualmente o número de presos homens seja superior, o encarceramento feminino aumenta proporcionalmente mais, issodecorre das ações do poder punitivo e das legislações de drogas (Cerneka, 2012).

No Brasil, a forma como é firmada a Lei de Drogas, favorece a estrutura de padrões de hierarquia, com inúmeros níveis de importância que sugere “diferentes papéis nas *redes* do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final” Boiteux (2009). A Lei 11.343/06 marca o grande aumento do encarceramento de pessoas por crimes relacionados a drogas, a falta de critérios e conceitos para caracterizar o tipo penal, tal como a força da política de Guerra às drogas implantada, em grande parte por discursos midiáticos, deixa os conceitos de traficante e de usuário abstratos.

A criminalização em massa do usuário e da pessoa que participa do microtráfico ou o chamado tráfico formiguinha, que é o pequeno traficante, o mais frágil e em último lugar na hierarquia do tráfico, acarreta preocupações por sua vulnerabilidade que, muitas vezes de forma exploratória, participam dessas ações. Encabeçando a hierarquia que tem como base a formiguinha, existe uma grande estrutura organizacional, envolvendo pessoas com grande poder econômico que majoritariamente são os líderes, camuflados por negócios lícitos como forma de branqueamento de capitais⁶¹, é o que afirma Adriano Oliveira (2006)

Considerando o aumento alarmante de encarceramento, expõe os dados do INFOPEN mulheres (INFOPEN, 2018) que “entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de

61 “La utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas há sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente em todo el mundo. Partiendo de certa complicidad del sistema financiero, se há utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos graves, em dinero libre de sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediários financeiros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro. Pero algunas entidades financieras han decidido ignorar el origen ilícito de los capitales, em la medida em que se obtienen importantes beneficios económicos.” Referência: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada. *In*: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al.* **Nuevas tendencias del derecho penaleconómico y de la empresa**. Coordenação de Luis Miguel REYNA ALFARO. Lima: Ara, 2005, p. 853.

mulheres aumentou em 656% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000, para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil”, sendo o aumento percentual dos homens de 293%.

A lei brasileira devido a não utilizar diferenciações para categorizar os vendedores, bem como, não diferencia tráfico de uso, levando assim “pequenos participantes de uma grande rede” a cumprir sentenças exorbitantes. Essa realidade jurídica não se conecta a social, logo que, aumenta a quantidade de presos, enquanto as atividades do tráfico não diminuem, pois os microtraficantes são facilmente substituíveis, e selecionados pelo sistema punitivo por serem mais vulneráveis. Compreender a forma que o comércio de drogas é hierarquizado no Brasil é vital para entender a participação das mulheres nos níveis mais baixos dentro da estrutura, como veremos a seguir.

No sistema patriarcal capitalista a organização do trabalho é baseada a partir da divisão do trabalho entre produtivo e reprodutivo, o que acarreta uma hierarquização e uma fragmentação entre trabalho de homens e trabalho de mulheres, Kerogat (2008 *apud* Pancieri, 2014). Dessa forma prevalece que majoritariamente o espaço produtivo pertence aos homens, enquanto o reprodutivo as mulheres, valorizando social e economicamente as obrigações masculinas. No contexto de trabalho produtivo há uma repartição conforme grau de prestígio do trabalho conferido a homens e mulheres. Concedidos as mulheres trabalhos domésticos fortificando a ideia de que eles pertencem apenas a elas. No plano reprodutivo, a maternidade entra como papel principal, sendo a identidade das mulheres, mantendo um modelo familiar patriarcal.

A separação sexual do trabalho, frisa os estereótipos das relações sociais, sendo assim, a criminalidade feminina no contexto sul mato-grossense deve ser avaliada com base na divisão sexual do trabalho, e na complexidade da região.

Estas delicadas condições foram aguçadas pela crise econômica que aumentou os níveis de pobreza e o crescente desenvolvimento da economia informal, que, por sua vez, é controlada em grande parte pelo setor feminino.

Nas palavras de Pearce (1978) “enquanto as mulheres bem como seus empregadores vejam seu trabalho como secundário, enquanto suas casas e suas famílias sejam seu compromisso principal, elas terão menor probabilidade de se engajar em atividades que representam gastos para seu empregador.” A autora conceitua *feminização da pobreza* pela primeira vez em 1978, ela conecta o processo de empobrecimento feminino ao crescimento de famílias pobres que tem mulheres como chefes, buscando as consequências sociais e econômicas de ser uma mulher e que a levam ao estado de pobreza. Pobreza feminina e pobreza feminina são diferentes problemas

que precisam de respostas diferentes para serem solucionadas, sendo para as mulheres o principal objeto o mercado de trabalho (idem, 1978)

Seguindo essa linha de pensamento, Pearce (1978) aponta que a perspectiva do empregador seria de que a responsabilidade com o cuidado dos filhos levaria as mulheres a abandonar temporariamente o posto de trabalho, o que demonstraria um menor compromisso com o trabalho. Tal perspectiva revela claramente a estigmatização sofrida pelas mulheres que além de cumprir dupla jornada de trabalho, pois possuem o dever de chefiar sozinhas seus lares, ainda são rechaçadas pelos empregadores por uma suposta falta de comprometimento com o labor.

A dificuldade da mulher em ingressar no mercado formal de trabalho fez nascer na América Latina o que Rosa Del Olmo (1996, *apud* Pancieri, 2014) denomina de “economia informal”, comandada majoritariamente pelas mulheres. Este tipo de economia também envolve mercados ilegais, como é o caso do comércio ilegal de drogas. Deste modo, Soares e Ilgenfritz (2012) vão dizer que as mulheres criminalizadas por delitos relacionados às drogas estão imersas em uma subcultura criminal desde cedo, o que faz com que os limites entre o lícito e o ilícito sejam ampliados.

Diante deste cenário, não é de se estranhar que a mulher latino-americana insira em seu modo de sobrevivência um trabalho considerado ilegal, como o tráfico de drogas, pois em momentos de crise, a necessidade econômica se mostra ainda maior para as mulheres do que para os homens. A falta de perspectiva futura, faz com que ganhos com resposta imediata pareçam necessários (Del Olmo, 1996; Giacomello, 2013; Torres Angarita, 2007, *apud* Pancieri, 2014).

Segundo relatório emitido pelo The Global Gender Gap Report (2014), ao se falarem diferenças salariais, o Brasil é um dos países em que há maior desigualdade entre homens e mulheres. As mulheres são minoria no mercado de trabalho, e também as que menos ocupam altos cargos, além da taxa de desemprego ser bem maior entre elas. Essa desigualdade torna-se ainda mais grosseira à medida que cada vez mais se encontram famílias brasileiras mantidas economicamente somente por mulheres.

Neste mesmo sentido, Giacomello (2013) verificou que o nível educacional das mulheres criminalizadas por tráfico na América Latina é baixíssimo, ou nulo. Além da baixa escolaridade, as mulheres encarceradas são majoritariamente réis primárias, que praticaram crimes sem violência, chefes de família solteiras, desempregadas ou subempregadas antes de adentrarem o sistema penal.

No contexto brasileiro, a situação não difere: a má distribuição de renda, a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, emprego precário, baixa escolaridade e

poucaqualificação contribuem para que o mercado do tráfico de drogas no Brasil tenha crescido de forma tão significativa, absorvendo a mão-de-obra feminina. Isto também evidencia a atuação do poder punitivo sobre as mulheres encarceradas por tráfico, tendo em vista a sua incidência seletiva e que nutre sobre os estereotipados pela pobreza e marginalização social, escolhendo, dessa forma, quem serão os alvos do sistema penal.

Assim, cumpre esclarecer que a análise da situação econômica da mulher não deve ser feita a partir de uma perspectiva estereotipada da mesma, como um sujeito incapaz de promover seu sustento. Na realidade, apesar de o fator econômico ser de grande relevância para compreender a inserção da mulher em atividades ilegais, e, sobretudo, na rede do tráfico de drogas, este deve ser entendido junto à condição de gênero da mulher. Ou seja, diante do panorama da feminização da pobreza e do papel social de mãe e “cuidadora do lar”, é notório que a mulher enxerga no tráfico de drogas uma possibilidade de conciliar papéis reprodutivos e produtivos (Angarita, 2007, *apud* Pancieri, 2014).

Deste modo, deve-se levar em consideração que o maior grau de vulnerabilidade social e econômica das mulheres pobres repercute em limitadíssimas expectativas sobre o futuro, e as influencia na escolha por ganhos mais fáceis e a curto prazo, advindos de atividades criminosas (Brandão, 2005).

Na realidade, perceber-se-á que a entrada da mulher na rede do tráfico de drogas segue uma lógica típica da divisão sexual do trabalho, em que tarefas de menor complexidade, menor ganho financeiro e geralmente associadas a um ambiente doméstico são atribuídas à mulher. É possível vislumbrar a reprodução da estrutura patriarcal do mercado formal na redado tráfico de drogas e a permanência de valores machistas, em razão de uma inserção subalterna da mulher. É o ponto que seguimos.

No tocante à estrutura do tráfico de drogas, cumpre enaltecer que a mesma lógica da divisão sexual do trabalho se opera, reforçando os estereótipos das relações sociais. Neste sentido, diversas pesquisas indicam que no mercado de drogas ilícitas as tarefas mais simples são reservadas às mulheres, como por exemplo misturar a pasta-base com bicarbonato para a feitura de cocaína, conversar com compradores, fazer o transporte de substâncias no próprio corpo, entre outras atividades. De outro lado, resta evidente que as tarefas de maior complexidade e que envolvem maior ganho de capital ficam a cargo dos homens (Giacomello 2013; Rosa del Olmo 1996, *apud* Pancieri, 2014).

O tráfico de drogas representa, portanto, uma real estrutura de “oportunidades” para as mulheres, não só pela possibilidade de retorno financeiro imediato, como por representar um mercado predominantemente informal, no qual estas mulheres já estão inseridas ou encontram menos barreiras para a sua inserção.

Similarmente, Cunha (2000 *apud* Pancieri) afirma que a maioria das oportunidades para as mulheres surge nos patamares mais baixos, precários e arriscados do mercado do tráfico, mercado esse, que sempre prevaleceu a hegemonia masculina, que impermeabiliza as organizações do tráfico. Neste sentido, percebe-se que a inserção da mulher na rede do tráfico de drogas obedece níveis hierárquicos, as inserindo nos níveis baixos, tal fenômeno se reproduz em todo território latino-americano, inclusive no Brasil.

É possível perceber, portanto, que os valores da sociedade patriarcal ficam evidentes na lógica do mercado de drogas ilícitas, perpetuando os padrões de desigualdade e subordinação feminina. Isto porque reproduz, de maneira muito similar, o padrão hierárquico de gênero da sociedade em geral (Zaluar 1985, *apud* Pancieri 2014).

O fato das mulheres ocuparem as posições mais subalternas na rede do tráfico as torna ainda mais vulneráveis e aumenta as suas possibilidades de serem selecionadas pela polícia no combate ao tráfico (Soares, 2002). Isto, de certo modo, também pode contribuir para o fenômeno do maior encarceramento feminino

Assim, é possível afirmar que não só no Brasil, mas em toda a América Latina, percebesse que as mulheres ocupam posições subalternas, geralmente ligadas a tarefas simples, e que envolvem pouco ganho de capital. O exemplo mais claro dessa subalternidade é o papel da “mula” majoritariamente ocupado por mulheres, que se transformam em um verdadeiro “correio para as droga”, na medida em que a sua função é, basicamente, transportar a droga de um lugar para outro. Na maioria dos casos tal transporte é feito dentro do próprio corpo da mulher, simbolizando sua condição de gênero ao extremo.

Na dogmática jurídico-penal, há três teorias que explicam os fins da pena, são elas: teorias absolutas, relativas e mistas. As teorias absolutas afirmam que o propósito de aplicar a pena é de retribuição, ou seja, uma espécie de vingança estatal, conforme coloca Preussler (2015) o senso comum da vingança social está cravado na justiça penal, isso se deve, ao medo que os aparelhos repressivos do Estado impõe e a cultura de massa. Em contrapartida, as teorias relativas à pena surgem como meio para prevenir novos delitos, Prado (2017) defende que não se trata de servir a realização da justiça, mas sim um meio de prevenir que seja praticado novos delitos, uma garantia social.

Segundo Prado (2017) as teorias mistas são as mais populares na atualidade, elas procuram casar a exigência da retribuição jurídica da pena com os fins de prevenção das teorias relativas, conforme caput do artigo 59 do Código Penal brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O art. 1º da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado." (BRASIL, 1984) também aponta um sistema adepto da teoria mista.

Posto isso, Oliveira (2016) diz que a função social da pena seria a ressocialização, prevenção e repressão do indivíduo, no entanto, ele afirma que a prisão não está prevenindo crimes e também não prepara os presos para o retorno da vida fora da cadeia. A realidade dos presídios e o crescente número de reincidentes, aponta que a ressocialização não passa de uma utopia, o encarceramento é ineficaz, não existe fundamento em ressocializar na sociedade, inicialmente segregando o indivíduo dela (idem, 2016). A pena divide opiniões sobre seu sucesso em relação a prevenir novos crimes. Segundo Bottoms e Hirsch (2010, *apud* Oliveira, 2016) a punição é capaz de dissuadir possíveis infratores devido ao risco de serem pegos e punidos. Nils Christie (1981 *apud* Scheerer 2019), defensor do abolicionismo criminal garante que o encarceramento aniquila as relações comunitárias, o isolamento do indivíduo acaba com a humanidade do infrator, bem como, da comunidade perante ele, até mesmo quando ele cumpre sua pena e retorna à convivência em sociedade.

Sobre a ineficiência da reclusão, Foucault (2012) afirma que:

A ideia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes o vício.

Renato Marcão (2012) afirma que o poder estatal não garante meios para que seja apurado com todos os detalhes as investigações. O sistema penal atual não possui capacidade para por meio da investigação, processar e julgar para que seja encarcerado a criminalidade real, afetando aqueles que são selecionados pelo sistema. Esses fatos acabam prejudicando decisões judiciais, tornando penas que, deveriam ser individuais em

cada caso concreto, demasiadamente longas no caso de tráfico de drogas realizado por mulheres.

Preussler (2015) ressalta que a lei penal deve ser criticada, logo que, sua função atual é criminalizar primariamente as classes menos favorecidas e garantir ao Estado capitalista promoção ao poder da classe dominante, não visando a igualdade e a dignidade humana, mas sim a segregação entre as classes, construindo a criminalização secundária pela cidadania negativa. O autor destaca que o sistema punitivo garante que, os miseráveis sejam criminalizados, o crescimento dessa criminalização é tratado como uma trivialidade, ao passo que a classe dominante dispõe de condescendência dos tribunais e complacência da criminologia midiática., todavia, a criminalidade da classe alta influi diretamente na classe baixa⁶².

4. O PERFIL DO NARCOTRÁFICO NA CIDADE DE DOURADOS

No momento que é abordada a questão do encarceramento feminino e da execução de sua pena, os marcadores apontam semelhanças entre os sujeitos, devendo romper o ideal de um direito neutro. O ponto deste artigo é a criminalização de determinadas mulheres, que são em regra, negras, pobres, jovens, com baixa escolarização, solteiras, inseridas no comércio de drogas e que não contam com sentenças definitivas, mulheres que carregam o peso da opressão da sociedade nos coletivos marginalizados que compõe.

O perfil da mulher criminalizada pelo tráfico é formado por mães, chefes de família, solteiras, que se submetem ao comércio ilícito de drogas para complementar a renda, mulheres que são atingidas pela realidade devastadora de desigualdade no mercado de trabalho. Mulheres que não recebem escolarização de qualidade, sofrem com desemprego, salários e condições precárias de trabalho (Andrade, 2017).

Um país com presença ainda forte do racismo, influenciado pela dinâmica de classes. Sendo possível afirmar que o alto índice de encarceramento é apoiado pela política antidrogas reflexo de uma cultura de punição que tem suas raízes nos anos de escravidão da história do país, que deixa evidente as predileções racistas, misóginas e classistas do nosso sistema penal.

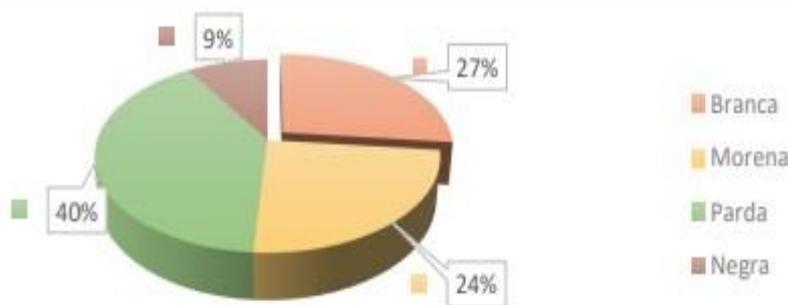
⁶² "essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a amplificação. É a delinquência de crime, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta dos pobres" Michael Foucault: FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1997 p. 238

Michelle Alexander (2018) compara a política antidrogas a um sistema de castas raciais, onde um conjunto de normas, de agentes e de agências que tem o poder de determinação para caracterizar uma mulher como criminosa.

Alguns dados quantitativos sobre a realidade das mulheres encarceradas na cidade de Dourados, demonstram como, a vulnerabilidade relacionada a situações de gênero, classe e raça atingem e seduzem, com promessas de dinheiro fácil e retorno imediato, de forma mais incisiva alguns perfis, reforçando a violência estrutural vivenciada no sistema prisional brasileiro.

Conforme pesquisa realizada na Unidade Patronato Penitenciário de Dourados, exposta no trabalho *Mulheres Negras em Situação de Cárcere na Cidade de Dourados-MS (2020)*, feita pela pesquisadora Luzia Bernardes, onde foi coletado os dados de 45 educandas, das quais, por meio de autodeclaração, 12 mulheres se declararam brancas, morena 11 delas, parda 18 e negras 4 mulheres. Podendo ser observados os dados no gráfico:

Gráfico 01: perfil racial



Fonte: fig. 1, perfil racial, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 105

Conforme evidenciado por esses dados, apenas 27% das mulheres autodeclararam-se brancas, sendo notavelmente maior o número de mulheres não brancas. Os números apontados pela pesquisa mostram que o Estado Penal atinge preferencialmente um segmento específico da sociedade, é o que afirma Bernardes (2020)

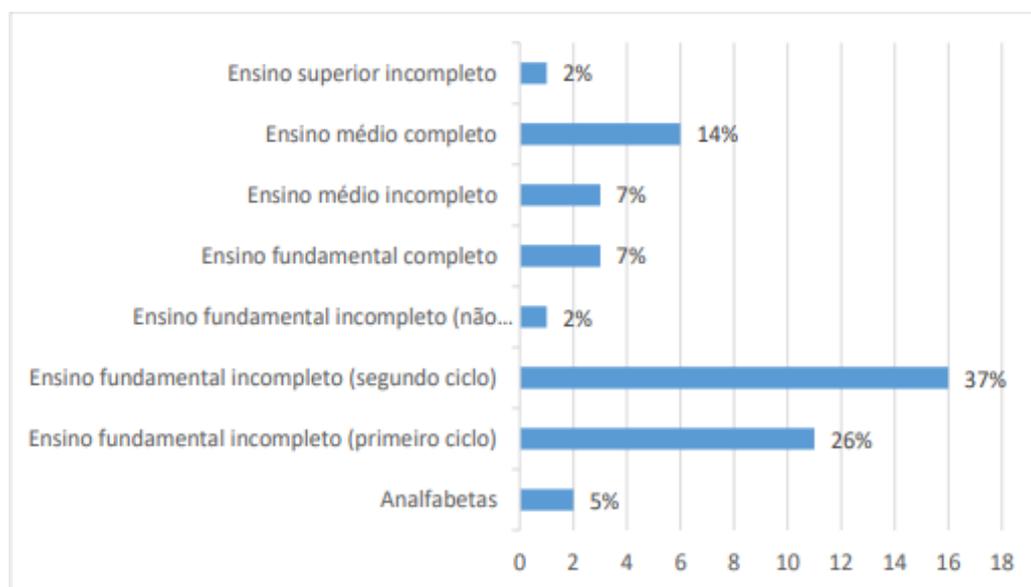
Para Alexander (2018), todas relações sociais existentes no Brasil são marcadas pela hierarquização racial, se desenvolveu e se transformou conforme a história da sociedade

brasileira, o racismo é diariamente reproduzido no direito e na justiça criminal, criminalizando pessoas de cor, “o debate sobre Justiça Criminal no Brasil não pode jamais prescindir da questão racial como elemento pilar, inclusive para instalação desta instituição no país (idem, 2018).

O direito e a justiça criminal são construídos com bases entrelaçadas ao escravismo, permitindo que o racismo continue sendo reproduzido, criminalizando a população negra, que muitas vezes possuem estado social mínimo, ficando o poder punitivo sempre atrelado a vida dessas pessoas, é o que assegura Alexander (2018). Segundo Borges (2018), a mentalidade escravocrata, foi modificada, contudo, a base que caracteriza a Casa Grande e a Senzala se manteve cravada na sociedade.

Segundo Bernardes (2020) dentre as mulheres entrevistadas existem, 02 analfabetas funcionais, com ensino fundamental incompleto (primeiro ciclo), 11 com ensino fundamental incompleto (segundo ciclo) 16 e uma que informou não terminar o ensino fundamental, apesar de não saber até qual escolaridade cursou, 03 mulheres finalizaram o ensino fundamental, 03 não finalizaram o ensino médio, 06 concluíram o ensino médio e uma tinha ensino superior incompleto. O gráfico ilustra os números:

Gráfico 02: perfil escolar

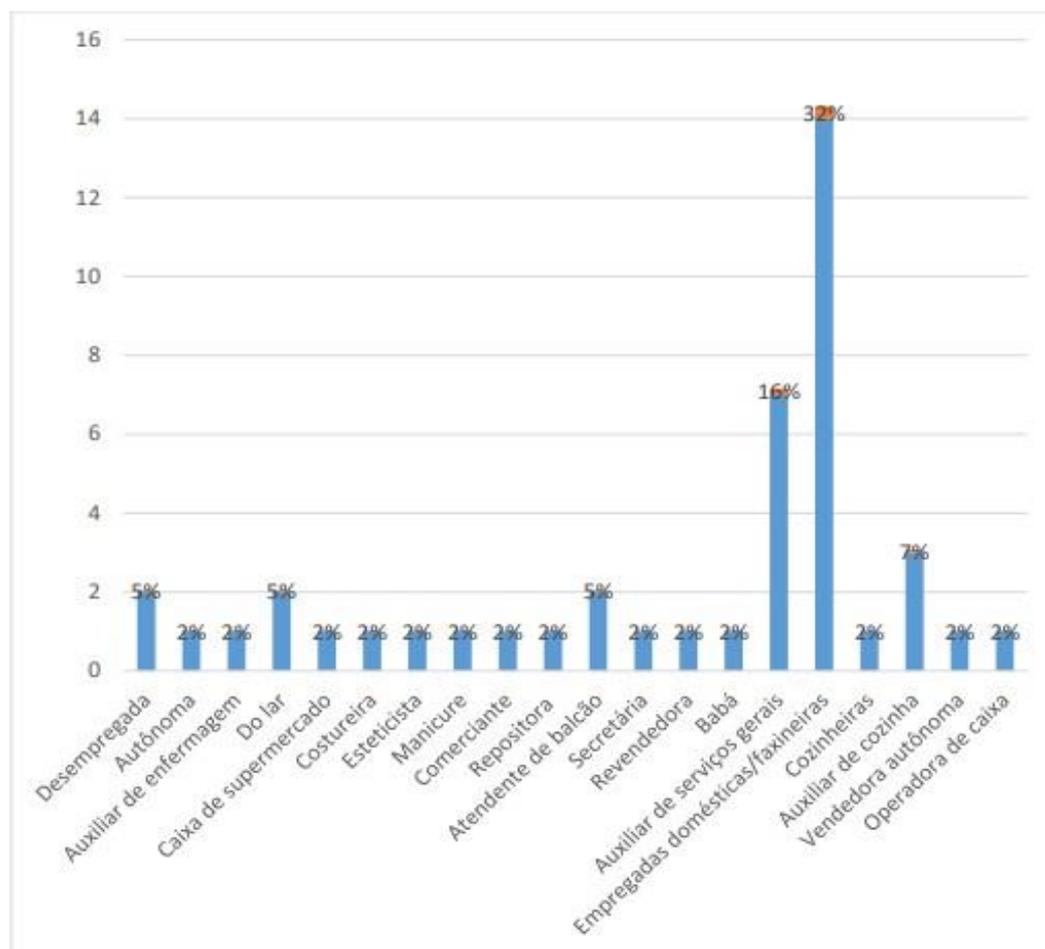


Fonte: Fonte: fig. 2, perfil escolar, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERENA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 106

Conforme exemplifica os dados obtidos na pesquisa, a quantidade de mulheres que não tiveram condições de frequentar unidades de ensino é expressiva. Nesse mesmo seguimento, Giacomello (2013) observou que o nível de educação das mulheres criminalizadas por tráfico na América Latina é muito baixo ou quase inexistente. Além disso, as mulheres presas são em sua maioria rés primárias, que efetuaram crimes não violentos, provedoras das suas famílias e solteiras, já sendo desempregadas ou subempregadas anteriormente a sua entrada no sistema punitivo.

O nível de escolaridade atinge, como constata Bernardes (2020) diretamente as profissões ocupadas pelas mulheres que foram objeto da pesquisa, sendo as atividades desempenhadas as menos valorizadas, com menor remuneração. A profissão que mais apareceu a de empregada doméstica, representada por 14 das 42 mulheres. Em termos percentuais:

Gráfico 03: perfil profissional



Fonte: Fonte: fig. 3, perfil profissional, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NA CIDADE DE DOURADOS-MS, 107*

É notável a importância da análise profissional, para distinguir as classes sociais que são mais atingidas pelo poder de punir no estado de Mato Grosso do Sul. Diante desse conhecimento, é importante ressaltar que Bernardes (2020) confirmada que as educandas são oriundas dos bairros mais pobres da cidade de Dourados, bairros marginalizados e com pouco investimento e recursos financeiros. Solidificando com base nessas informações que o público alcançado pelo sistema punitivo é formado majoritariamente pelo mesmo público abandonado pelo Estado social.

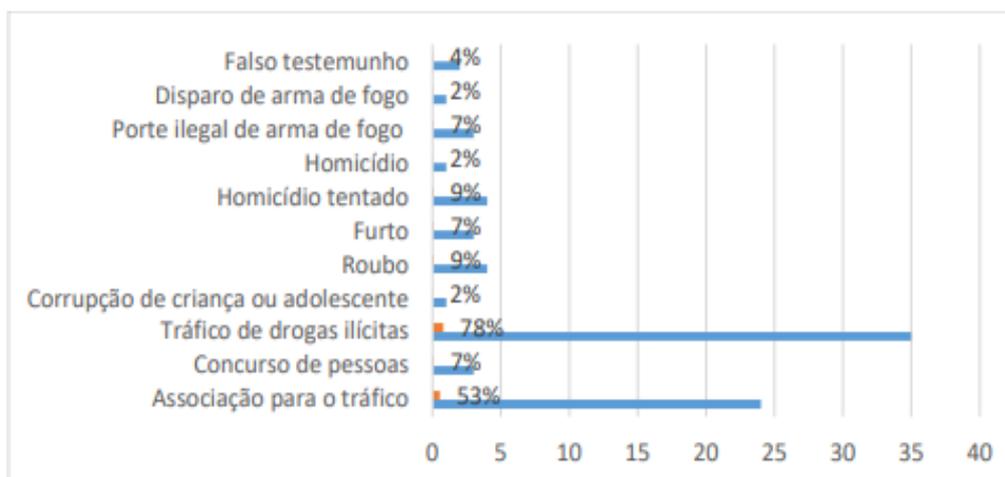
Tratando-se dos crimes pelos quais as entrevistadas estavam cumprindo pena, pesquisadora Luzia Bernardes, constatou que pelo crime de tráfico de drogas: por vender, 18 mulheres, uma por guardar, três por armazenar, por transportar 10 moças, três não detalharam a ação feita e 24 delas responderam por associação ao tráfico de drogas.

Foi averiguado a presença de outros tipos penais no estudo, todavia, com números muito menores, uma mulher por corromper ou facilitar corrupção de menor, pelo crime de roubo apenas quatro, três mulheres por furto, homicídio uma, crime de disparo de arma de fogo uma mulher, duas por falso testemunho e três delas por crimes em concurso de pessoas.

O tráfico é o mais predominante tipo penal entre as mulheres em encarceramento, segundo Borges (2018), das mulheres entrevistadas, 35 foram condenadas por condutas associadas a drogas ilícitas.

A política de *guerra às drogas* gera o encarceramento em massa advindo das mulheres de Dourados, mesmo com a Lei 11.343/03 apresentando algumas diferenciações de usuários e traficantes a força da ação antidrogas prevalece. Observando pelo seguinte panorama, em números:

Gráfico 04: perfil criminal



Fonte: Fonte: fig. 4, perfil criminal, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERENA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 110

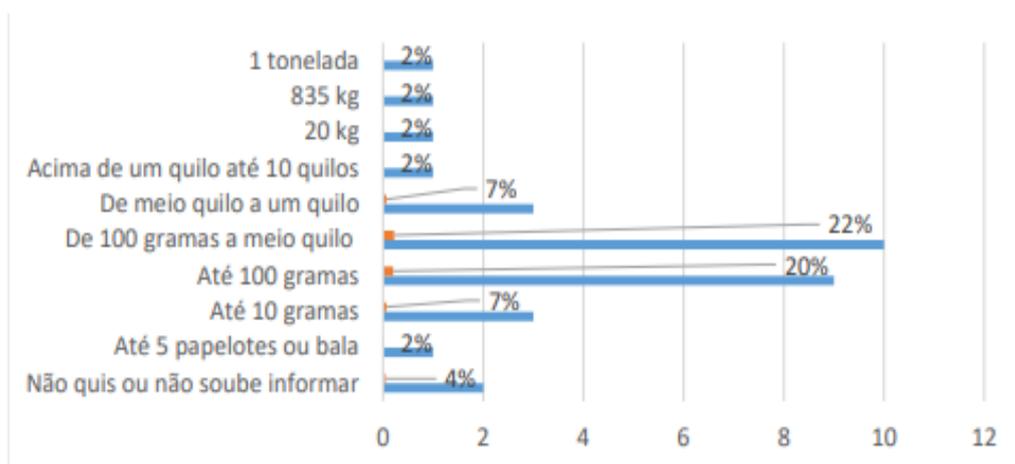
A pesquisa coletada evidencia que, apesar da Lei de drogas respaldar as diferenças de usuários e traficantes, Bernardes aponta que 25 das entrevistadas tinham posse menor que 100 gramas e foram flagradas em suas casas e, ainda assim, nenhuma delas foi caracterizada como usuária.

As entrevistadas foram, majoritariamente, tipificadas no art. 33 da Lei 11.343/0663, a passo que, caso o status de usuária fosse reconhecido, poderia gerar uma despenalização, um tratamento mais brando, com medidas de saúde pública, esse fato deve ser colocado em evidência ao considerar a quantidade de drogas apreendidas e o perfil toxicológico das educandas. Ao passo que as condutas que são tipificadas como tráfico são tratadas com mais expressividade. Conforme informações apresentadas no seguinte gráfico:

Gráfico 05: quantidade de drogas apreendidas

63 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;



Fonte: Fonte: fig. 5, quantidade de drogas apreendidas, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 111

Entre os entorpecentes que mais apareceram entre as entrevistas estão o crack e a maconha, vale salientar que essas são as drogas mais consumidas pela classe menos favorecida. Entre as entrevistadas por Bernardes, 25 delas se declararam usuárias e 15 consumiam as drogas durante o flagrante, em suas sentenças não foi reconhecida essa condição. O gráfico abaixo demonstra o perfil toxicológico das mulheres relacionadas no estudo:

Gráfico 06: Perfil toxicológico



Fonte: Fonte: fig. 6, perfil toxicológico, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 111

Segundo Borges (2018) é de extrema relevância as hipóteses relacionadas a quem ganha a definição de usuária ou de traficante. Bernardes (2020) levanta as bandeiras que as questões raciais e de gênero são condicionantes, bem como também as questões sociais, políticas e territoriais.

Observando em questão de território, as informações apuradas na pesquisa condizem com o alegado por Borges (2018, *apud* Bernardes 2020). Pois, as mulheres entrevistadas afirmaram morar em bairros marginalizados e carentes.

A Lei 11.343 de 2006 concede, em seu artigo 28 § 2º⁶⁴, ao juiz criminal o poder de decidir, conforme as características, identificar como usuário ou traficante, devendo o magistrado analisar as circunstâncias para regulamentar a pena. Embasado nessa redação do tipo legal supracitado, Borges (2018) traz questionamentos sobre as informações apresentadas no Boletim de Ocorrência, visto que as instituições jurídicas e policiais são revestidas por teorias deterministas e lombrosianas, as informações que irão amparar as decisões judiciais preocupam a autora por serem tendenciosas quanto a definição de quem é usuário e quem é traficante.

As agências de segurança pública exercem a chamada criminalização secundária, onde recai os estereótipos firmados durante o processo histórico brasileiro. Com o sistema punitivo do país firmado em positivismo racial baseado nos pensamentos de Nina Rodrigues⁶⁵ e Lombroso, teoria do *homem delinquente*⁶⁶ para caracterizar estigmas, não sendo necessário muito para distinguir quem será considerado usuário ou quem será o traficante.

Entre as mulheres presas em flagrante, 25 delas tiveram conversão para preventiva, isto é, 71% das mulheres, antes da decisão definitiva ser proferida já cumpriram parte de sua pena. Conforme o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS)⁶⁷, o estado está em segundo lugar entre as unidades federativas que tem mais decretos de prisão preventiva nas audiências de custódia. No âmbito das 11.842

64 Art. 28 da Lei 11343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

65 "o gérmen da criminalidade – fecundado pela tendência degenerativa do mestiçamento, pela impulsividade dominante das raças inferiores (...) – semeado em solo tão fértil e cuidadosamente amanhado, há de por força vir a produzir crime" RODRIGUES, Raymundo Nina. *As Raças humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1957, Salvador.

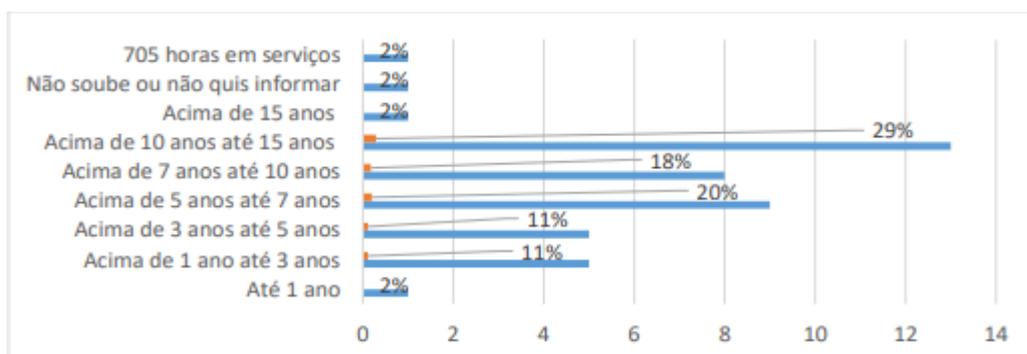
66 "a fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso (...). (...) a fisionomia não teve tempo para tomar feição sinistramente, como nos réus natos. LOMBROSO, Cesare. 1885- 1909 *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

67 <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/491616431/ms-e-o-2o-estado-do-pais-que-mais-prende-nas-audiencias-de-custodia>

audiências de custódia realizadas entre 5 de outubro de 2015 e 5 de julho de 2017, somente 35,31% foram decretadas com liberdade provisória, sendo amparado esse número elevado pela justificativa de o estado apresentar altos índices de criminalidade, em especial no crime de drogas ilícitas.

Contudo, vale salientar, as informações dos parâmetros estabelecidos para decretar a preventiva não estavam presentes nos autos, devendo ser destacado que, tal informação seria valiosa para concluir que o grande índice de prisões preventivas é justificado pela realnecessidade de sua eficiência. As presas esperam aproximadamente um ano até receberem as sentenças de seus processos, as condenações com seus tempos definitivos são apresentadas no próximo gráfico:

Gráfico 07: tempo da condenação



Fonte: Fonte: fig. 7, tempo de condenação, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 113

Diante desses números estabelecidos no gráfico, é evidente que as educandas tem um tratamento penal rígido, considerando a pouca quantidade de drogas apreendidas e a pena dada em 31 presas sendo superior ao tempo mínimo fixado pelo tipo penal.

O plenário virtual do STF aceitou o recurso extraordinário com agravo nº 663.261, interposto pelo Ministério Público Federal. O recurso tratava sobre a vedação em abstrato da aplicação de penas alternativas nos crimes de drogas ilícitas, a decisão foi por declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos que proibiam a aplicação de penas alternativas em abstrato.

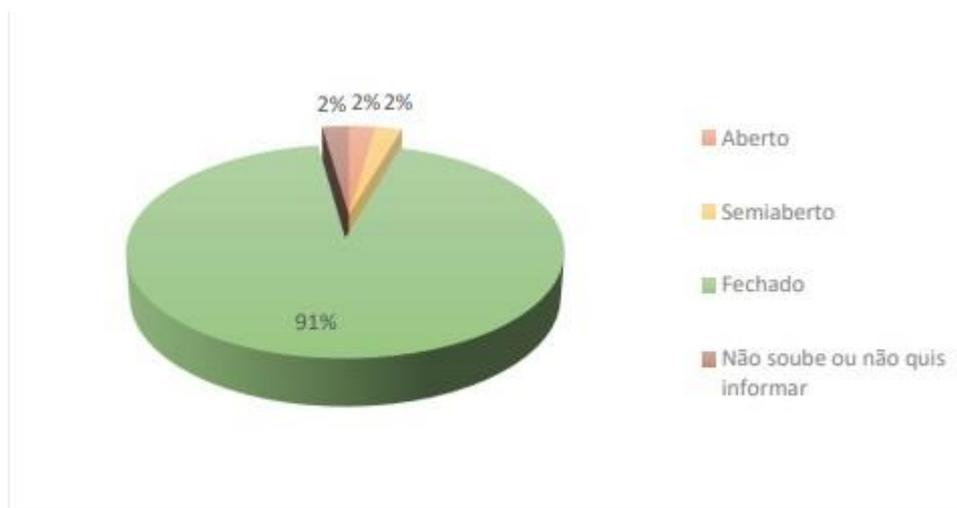
Fica a critério da análise do caso concreto o cabimento ou não de concessão de penas alternativas. Deve ser destacado que o poder de punir usa de meios para impossibilitar que o benefício seja concedido. O regime inicial fechado aparece de forma

dominante nas decisões, 41 das mulheres sentenciadas tiveram essa modalidade de regime prisional inicial em suas penas, no regime aberto houve uma sentenciada, no semiaberto outra e uma mulher não soube informar.

A regulamentação da pena de prisão é estabelecida pelo Decreto-Lei 2.848 de 1940, o qual, estabelece as modalidades fechado, semiaberto e aberto, consistindo a destinação das penas superiores a oito anos em um regime inicial fechado. O regime semiaberto pode ser concedido em caso de sentenciados que não são reincidentes e que possuam penas superiores a quatro anos e menores que oito anos.

As entrevistas realizadas por Bernardes (2020) em seu trabalho, não trataram a reincidência com grande enfoque, em razão da grande questão técnica envolvida que poderia impedir que as entrevistas fossem precisas, no entanto foi notado que, em sua maioria, elas mencionaram responder por apenas um processo penal. O Código Penal em seu artigo 63 estipula os critérios para configuração de reincidência. Os regimes para cumprimento de pena, para estabelecer sua modalidade, devem respeitar os requisitos presentes no artigo 59 do Código Penal. Em números, o gráfico a seguir demonstra os percentuais dos dados coletados:

Gráfico 08: Regime inicial



Fonte: Fonte: fig. 8, regime inicial, de Luzia Bernardes, *MULHERES NEGRAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERENA CIDADE DE DOURADOS-MS*, 115

Analisando as informações apresentadas pela pesquisa de Bernardes (2020), foi apurado que o regime inicial mais gravoso foi majoritariamente a regra das sentenças. Como supramencionado, 41 das condenações foram sentenciadas com o regime inicial fechado, apesar de o Supremo Tribunal Federal, em seu *habeas corpus* n.º 111.840, declarar inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado nos processos de crime de tráfico de drogas ilícitas.

Dentre as 41 condenações, 31 interuseram recursos, até a data do término da pesquisa, 27 dos recursos tiveram as decisões de primeiro grau confirmadas com insignificantes modificações.

A fixação do regime inicial do cumprimento da pena aplicada se dá pelo tempo de condenação, sendo a progressão de regime também regida pelo montante da pena aplicada. Os crimes do artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 apresentam em seus requisitos para progressão, o cumprimento de dois quintos (2/5) da pena para a encarcerada que seja primária e de três quintos (3/5) para as que são reincidentes. Sublinha-se que como já comentado anteriormente, em regra, a pena estipulada pelo sistema punitivo é estabelecida acima do mínimo legal de cinco anos.

Os crimes cometidos antes da edição da Lei 11.464/07 não obedecem a esta regra, como apontado por Bernardes (2020), visto que, sendo mais gravosa ao réu não pode retroagir a acontecimentos passados. Sendo as condutas antecedentes controladas pela Lei 7.210/84, onde a progressão é dada com o cumprimento de um sexto (1/6) da pena. O Superior Tribunal Federal entende, no *habeas corpus* n.º 82.959, pela inconstitucionalidade da vedação em abstrato da progressão de regime, regra que impunha o cumprimento integral da pena em regime fechado foi distanciada pela corte.

A política nacional de *guerra as drogas* segue criando efeitos nos grupos que são marginalizados e isso é refletido também no estabelecimento penal analisado, fica evidente a presença das figuras típicas ligadas ao tráfico ilícito de drogas. Pelas palavras de Valois (2016) a *guerra às drogas* fracassou, não atingiu o seu objetivo, e promove uma verdadeira incitação de revolta na sociedade, por meio do discurso de um grande mal a ser combatido, os usuários e pequenos traficantes não são um exército a ser exterminado, “não estão no meio social para o combate, nem para vencer, por isso não se pode também perder a guerra” (VALOIS, 2016). O autor ressalta, a importância de destruir o pensamento padrão punitivista encarcerador, quebrando o ciclo vicioso de perpetuar a *guerra*.

O Supremo Tribunal Federal afirma que o estado de Mato Grosso do Sul segue desrespeitando o *habeas corpus* coletivo n.º 143.641, que estipula a conversão de prisões preventivas em domiciliares para as mulheres que tenham filhos de até 12 anos de idade.

Ainda assim, sendo possível adotar de forma simultânea as medidas alternativas presentes no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A concessão da conversão de preventiva em domiciliar é vedada as mulheres processadas pelo crime praticado com violência ou grave ameaça em prejuízo de seus descendentes. Nos casos de presas reincidentes que a critério do magistrado considerar as circunstâncias do caso concreto, sendo o juiz autorizado a não efetuar a conversão de preventiva em domiciliar somente em situações excepcionais. As medidas alternativas aparecem para suprir os casos em que a prisão domiciliar se torna inviável.

O *habeas corpus* foi estendido a todas as presas preventivas, mesmo as que não foram impetrantes no recurso, o Supremo Tribunal Federal apresentou, em outubro de 2018, notícia em que a Defensoria Pública Estadual constata que somente 68 presas obtiveram os benefícios do *habeas corpus* coletivo, constatando que o estado de Mato Grosso do Sul não incorporou a ordem do *habeas corpus*, segundo os dados coletados pela instituição, eram 448 mães encarceradas na época, com filhos de até 12 anos, informações fornecidas pela Agência Estadual de Administração Penitenciária (Bernardes 2020).

Bernardes (2020) apresentou que, de acordo com a Defensoria Pública, a justificativa para a não aplicação da ordem de *habeas corpus*, é de que as mães não comprovaram que sua presença era imprescindível para cuidar dos filhos. Com isso, o Supremo Tribunal Federal acionou a Corregedoria do TJMS para averiguar e relatar de forma detalhada as informações acerca do eventual descumprimento (BRASIL, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Este trabalho que trata sobre o encarceramento feminino, coloca em pauta as múltiplas relações que constituem esse fenômeno. Considerando isso, ao tratar da criminalização da mulher, em junção com a política de *guerra às drogas*, deve ser discutido diversos elementos da esfera da criminologia feminista. Visando expor de maneira crítica a forma que o atual sistema penal se apoia, com a cultura patriarcal enraizada na sociedade, atuando com domínio sobre a mulher criminosa.

Oferecendo informações sobre a dinâmica do tráfico de drogas, que reflete os sistemas da sociedade, movido por critérios de gênero, hierarquiza a mulher em posições inferiores, podendo ser facilmente explorada e levemente substituída. Observando as questões de classe e raça, o poder punitivo, respaldado pelas legislações atuais, determina suas vítimas, fortificando o encarceramento em massa.

A partir do estudo de artigos, dissertações e análises a pesquisas estudadas, buscou demonstrar uma visão clara sobre o que as mulheres vivenciam no seu cárcere, desde as motivações que as levam ao ato criminoso até o cumprimento de sua sentença, visando principalmente as injustiças que a envolvem em todo o processo. É de essencial importância a apresentação de dados reais e atuais que comprovem o tema debatido, dando embasamento e consistência. Consoante a resposta das pesquisas realizadas, é palpável que, o objetivo de ressocialização da pena através do encarceramento não é atingido. Os efeitos penais no cárcere feminino deixam a mulher a mercê de uma dupla penalização pelo poder de punir.

Ao caracterizar o perfil da mulher encarcerada da Cidade de Dourados-MS, visou traçar um retrato da mulher que é punida de forma opressora pelo sistema, mulher que divide, em regra, as mesmas condições de classe e raça, que fica à mercê de atividades criminosas para sobreviver na sociedade. Diante do que foi apresentado, ressalta-se o intuito almejado na realização desse trabalho. Apresentar como a questão de gênero influencia na sistemática da hierarquia no tráfico de drogas, criando a mulher *mula*, bem como, nível escolar, econômico e a cor, pesam no atual sistema punitivo adotado pelo país.

Com o fim de compreender esse pensamento que beira ao abolicionismo criminal para a população estereotipada pelo sistema punitivo, é necessário ressaltar que as teorias abolicionistas não tem como bandeira a extinção completa da retribuição negativa as ações do criminoso, as teorias apontam que a prisão, ou seja, a sanção privativa de liberdade, não alcança os objetivos, supracitados, de ressocialização, prevenção e repressão. A teoria abolicionista aponta que as prisões trabalham de forma seletiva, a disposição das classes dominantes, na visão de Thomas Scheff (1985 *apud* Scheerer 2019) o abolicionismo pode ser visto como uma *teoria sensibilizadora*.

Hulsman (1983 *apud* Scheerer 2019), aponta que o sistema penal gera sofrimento desnecessário, traz injustiça social e não cria efeitos positivos para nenhum participante do conflito. O autor, diante dessas constatações propõe práticas para acabar com o atual sistema punitivo, como, locais para resolver as *situações problemáticas*, que agiriam de forma restaurativa, técnicas educativas ou assistenciais, por exemplo. Com o intuito de acabar com o *labelling approach*, Hulsman (1983 *apud* Scheerer 2019) sugere o fim dos termos *crime* e *criminoso*, logo que sugerem estereótipos.

Baratta (2014) assevera que o atual sistema penal fracassa repetidamente, não controla a criminalidade e não alcança a reinserção, marginaliza os indivíduos isolados, defendendo uma atitude radical buscando um objetivo final "a abolição da instituição carcerária".

Mediante o exposto, deve ser observada problematização do abolicionismo criminal, os autores dessa teoria não desenvolveram meios práticos para colocá-la em prática, uma trajetória de limitações que devem ser supridas para o efetivo encerramento do cárcere, ainda mais em um país com tantas desigualdades sociais como o Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: Racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018. 373 p. Título original: de The New Jim Crow: Mass Incarceration in the age for Colorblindness.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 255 p. Título original: Criminologia critica e critica del diritto penale.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana**. Tradução de Ana Paula Zomer In: STRECK, Lênio Luiz; BARATTA, Alessandro;

ANDRADE, Vera Regina; CAMPOS, Carmem Hein (org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. 117p.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018. 144 p.

ZAMBRANA, Barbara Vargas; SALLUM, Camila. **Cárcere feminino: o domínio exercido sobre a mulher no sistema penal**. 2019. 25 f. - Revista do Instituto de Ciências Penais, V. 4, 2019.

DAMASCENO, Adriano Antunes. **Cárcere e Compensação Penal no Brasil: uma perspectiva de gênero**. 2018. 15 f., 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 384 p.

FERNANDES, Luciana Costa; DORNELLAS, Mariana Paganote. **A Internalização das Regras de Bangkok e seus Efeitos na Execução da Pena por Mulheres no Brasil: limites edesafios no contexto de encarceramento em massa**. 2018. 32 f. Ibccrim, 2018

BOITEUX, Luciana. WIECKO, Ela. (coord). (2009). Tráfico de Drogas e Constituição: Um estudo Jurídico-Social do Art. 33 da Lei de Drogas Diante dos Princípios Constitucionais

Penais. Brasília: SAL - Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito, vol. 1. 121 p. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf

CERNEKA, Heidi Ann. **Mulheres Invisíveis? Condição da Mulher no Sistema de Justiça Criminal brasileiro**. In: SOUZA, Luis Antonio Francisco de; MAGALHAES, Bóris Ribeiro de; SABATINE, Thiago Teixeira. Desafios à segurança pública: controle social, democracia e gênero. Marília: Oficina Universatia; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012

SILVA, Luzia Bernardes da. **Mulheres Negras em Situação de Cárcere na Cidade de Dourados-MS**. 2020. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. *Habeas Corpus* n.º 143.641/SP. Penal. Prisão Cautelar. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393814>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 111.840/ES. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Relator Min. Dias Toffoli, 14 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399565>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n.º 82.959. Penal. Crimes hediondos. Regime de cumprimento de pena – Progressão- óbice – Artigo 2º, § Iº da Lei 8.072/90 – Inconstitucionalidade. Relator Min. Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

BRASIL. Decreto-Lei no 3.689 de 1941. Brasília, DF: Senado Federal, 1941. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf. A20.

BRASIL. Lei 11.343 de 23 agosto de 2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo em Recurso Extraordinário n.º 663.261. Penal. Reafirmada jurisprudência sobre impedimento de pena alternativa previsto

na Lei de Drogas. Relator Min. Dias Toffoli, 14 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228391>.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado Federal, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. A

PEARCE, Diane (1978). **The feminization of poverty: women, work and welfare**. Urbanand Social Change Review, p.28-36

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Os Estudos Sobre Feminização da Pobreza e Políticas Públicas para Mulheres**. 12 f.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil, 2014. Dissertação de Mestrado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul. MS é o 2º estado do país que mais prende nas audiências de custódia. 2017. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/491616431/ms-e-o-2o-estado-do-pais-que-maisprende-nas-audiencias-de-custodia> Acesso em: 9 marc. 2020.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Criminologias do conflito**. Curitiba: Íthala, 2015. 112p.

CPI SISTEMA CARCERÁRIO Centro de Documentação e Informação Edições Câmara Brasília | 2009 <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>

LUCIANO OLIVEIRA, 2016. **As Plantas do Jardim de Hulsman**: Discutindo o Abolicionismo Carcerário. Ibccrim, 2016.

SCHEERER, Sebastian. Tradução BOLDT, Raphael; FONSECA, Vinicius Alberto. **A Perspectiva Abolicionista**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 160. Ano 27. P. 407-430. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019

OLIVEIRA, Adriano de. **As Peças e os Mecanismos do Fenômeno Tráfico de Drogas e Crime Organizado**. 2006. 321 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

PANCIERI, Aline Cruvello. **Mulheres Mulas: Seletividade, Tráfico de Drogas e Vulnerabilidade de Gênero**. 2014. 99 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Riode Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas** (2012). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

GIACOMELLO, Corina. (2013b). **Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México**. México: Tirant lo Blanch. 262 p.

The Global Gender Gap Report, World Economic Forum, 2013. Disponível em: <http://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2013>

RODRIGUES, Nina Raymundo. **As Raças humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. 1957, Salvador. 95 p.

LOMBROSO, Cesare. 1885-1909 **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. 223 p.

BONATO, José. Por falta de material higiênico, presas improvisam miolo de pão como absorvente no interior de SP. 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/24/por-falta-de-material-higienico-presas-improvisam-miolo-de-pao-como-absorvente-no-interior-de-sp.htm>.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada. *In*: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al.* **Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa**. Coordenação de Luis Miguel REYNA ALFARO. Lima: Ara, 2005, p. 853.

INFOPEN MULHERES. 2017. http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf

SOARES, Bárbara, ILGENFRITZ, Iara. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond. 200

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - V 1.** : Forense, 2017. 1036 p

MARCAO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10. ed. Saraiva, 2012. 376 p.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal de Guerra as Drogas**. 1. Ed. D'Placio, 2016. 694 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977. 296 p.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: EXECUÇÃO DA PENA APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA.

LUIZ ALBERTO BRAGA DE QUEIROZ:
Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco.⁶⁸

RESUMO: Esse artigo busca abordar a temática do princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade no âmbito da execução da pena após a 2ª instância, previsto constitucionalmente em seu art. 5º, LVII que em conjunto com o Código de Processo Penal e com a Lei de Execuções Penais vem buscando garantir a proteção que o texto constitucional deu. A grande questão foram os entendimentos que o Supremo Tribunal Federal passou a ter a respeito desse princípio e da aplicação da pena. Trata-se de um princípio jurídico de ordem constitucional, aplicado ao direito penal, que estabelece o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal, porém não vem sendo cumprida tal presunção de inocência já que muitas vezes o acusado acaba por começar a cumprir a pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

Palavras-chave: Princípio; Presunção de Inocência; Proteção Constitucional.

ABSTRACT: This article seeks to address the theme of the principle of the presumption of innocence or principle of non - culpability in the execution of the sentence after the 2nd instance, constitutionally set forth in its art. 5, LVII, which together with the Code of Criminal Procedure and the Law on Criminal Executions have sought to guarantee the protection provided by the constitutional text. The great question was the understandings that the Federal Supreme Court has had regarding this principle and the application of the sentence. This is a legal principle of constitutional order, applied to criminal law, which establishes the state of innocence as a rule in relation to the accused of the practice of criminal infraction, but this presumption of innocence has not been fulfilled since many times the accused ends up for commencing to serve the sentence even before the final judgment has been passed.

Keywords: Principle; Presumption of Innocence; Constitutional Protection.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo elencar a problemática acerca do princípio constitucional da Presunção de Inocência relacionada com a execução da pena após condenação em segunda instância. A Constituição Federal traz em seu escopo que o estado

⁶⁸ luizbragaqueiroz@yahoo.com.br

de inocência é a regra em relação ao acusado da prática de infração pena, porém recente entendimento do Supremo Tribunal Federal tem causado certa polemica e insegurança em relação à proteção constitucional desse princípio.

Por meio de uma pesquisa exploratória, mediante análise de material bibliográfico, documental e jurisprudencial, faz-se necessário mostrar o surgimento, o conceito e a evolução do princípio constitucional, e também a forma como o mesmo se encontra no ordenamento jurídico trazendo consigo uma problemática acerca da proteção e da interpretação desse princípio. Como poderá ser observado nos próximos capítulos, de forma clara e objetiva.

2.ORIGEM ACERCA DA EXECUÇÃO DA PENA

Não existe uma maneira de discorrer sobre a execução da pena, sem se saber de fato como a mesma surgiu e adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro, suas origens e com isso entender como a mesma evoluiu com o passar dos séculos até chegar ao conceito e entendimento de execução da pena que se tem nos dias atuais.

2.1 Contexto histórico

Punição, do latim *punitio.onis*, significa Castigo; recriminação feita a alguém. Pena; condenação imposta por um juiz à pessoa que cometeu um crime. Sabe-se que a punição existe desde os primórdios da humanidade, com os primeiros povos, os primitivos. Esses usavam da punição como forma de ensinar ao seu grupo o que era o certo e o que era errado, com isso os que não seguiam as ordens do clã acabava sendo punidos, evitando assim que essas ordens tornassem a serem desobedecidas por outros membros da comunidade.

Michel Foucault autor da obra “Vigiar e Punir”, priorizou em sua obra mostrar certas formas de punição, de modo a estabelecer maneiras que melhorassem o sistema penal, questionando formas que fossem ideais para a punição.

O autor buscou fazer um estudo crítico sobre a legislação penal, e abordou com isso as formas de se punir durante sua obra. Ele deixou em seu livro diversos métodos para se estabelecer a melhora no sistema penal, ilustrando assim os melhores meios para a ideal punição.

2.2 Surgimento

Nos primórdios da sociedade, como não se tinha a figura de um Estado detentor de poder para assim punir os cidadãos, os mesmos acabavam por serem punidos de maneiras

desproporcionais, onde não era levada em consideração a gravidade do delito por ele cometido.

Existia também a punição por conta da religião, os clãs e tribos por considerarem que determinada pessoa não agia de acordo com a vontade dos Deuses, acabava por punir o cidadão alegando que tais condutas por ele praticadas não agradavam aos Deuses, e por conta disso o mesmo deveria ser punido. Eram levados em conta apenas os sentimentos e as emoções.

Com o passar dos séculos, e a evolução da civilização, têm-se as figuras de “leis” próprias como a “lei de talião” (olho por olho, dente por dente), o Código de Hamurabi, Código de Sólon, Código de Manu e com isso as punições começaram a variar entre as penas de morte e a mutilação.

O Código de Hamurabi procurava dar a pena ao indivíduo de acordo com sua condição social. As leis da época não eram específicas acerca da prisão. Tão logo ela era utilizada em casos de fuga de escravos, corrupção, dívida rebeliões. Evoluindo um pouco, os povos Gregos utilizavam a prisão como isolamento, e as punições eram feitas de forma pública

O Mercantilismo surgiu com o intuito de modificar as penas privativas de liberdade, instituindo o trabalho como meio de coibir algumas punições, tinham-se então na Alemanha, Holanda e França a figura de casas de trabalhos, para onde eram enviados os cidadãos menos favorecidos e desta forma os mesmos trabalhavam, e a recusa ao trabalho era considerada crime.

O Iluminismo, também contribuiu para a evolução da punição, a pena era tida como uma forma de prevenção e não mais punição como os antigos a interpretavam. Os iluministas não aceitavam as punições degradantes, eles procuravam formas de prevenir que os crimes fossem praticados, surgindo então a figura da pena privativa de liberdade, sendo essa um meio de coibir novas práticas de crimes pelo cidadão e um meio para reabilitá-lo.

Com o passar do tempo, essa concepção iluminista passou a ser a mais utilizada como meio de punição, passando assim a se evoluir e se adequar a realidade de cada País, surgindo assim os aperfeiçoamentos da pena e com isso os encarceramentos.

3.DA LEGISLAÇÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

3.1 Da Legislação Internacional

A primeira vez que se ouviu falar sobre a Presunção de Inocência, foi na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1979 que foi proclamada em Paris, mais precisamente em seus artigos 8º e 9º, *in verbis*:

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Esse princípio ganhou mais força quando foi incorporado na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH da ONU em 1948, quando no corpo de seu documento o artigo XI afirmava que:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso

É importante também, ressaltar a figura do Pacto de San José da Costa Rica, que se uniu a DUDH e os dois juntos são importantes documentos utilizados para assegurar direitos dos cidadãos, o artigo 8º do Pacto diz que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante

o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Com isso, por ser o Brasil signatário de tal Convenção Internacional, acabara por incorporar em seu ordenamento jurídico interno, após votação em assembléia geral e 40 anos após a criação da DUDH, a figura do princípio da Presunção de Inocência.

3.2 Do Direito Interno

Em 05 de outubro de 1988, surge a figura da Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã, que procurou destinar um capítulo inteiro de seu corpo à proteção do cidadão, e com isso em seu artigo 5º, inciso LVII, in verbis:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Surgiu então no ordenamento brasileiro a figura da Presunção de Inocência, ou Princípio da não culpabilidade. Posteriormente, em 1992, o Congresso emitiu o Decreto nº27, assegurando que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de acordo com o artigo 5º § 2º e 3º da CF:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diante disso, o Brasil passou a ter a figura do artigo 5º inciso LVII e também do artigo 5º § 2º e 3º da Carta Magna, ambos trazendo consigo o Princípio da Presunção de Inocência e reconhecendo, portanto a proteção constitucional aos mesmos.

4. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

A presunção de inocência é o status que o cidadão possui antes que seja decretada sua sentença o declarando culpado ou inocente, logo antes que saia sentença transitada em julgado, o cidadão será declarado inocente.

Por conta disso, o acusado não pode produzir provas contra si próprio conforme previsão legal constitucional art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tem-se então a figura do "in dubio pro reo" realizado o devido processo legal, sendo todas as provas suficientes, caberá ao Juiz tendo alguma dúvida sobre a culpabilidade, decidir se o acusado será ou não declarado inocente.

O Processo Penal aprecia como sendo inocente quando o acusado não for de fato considerado um condenado, tendo-o então como inocente enquanto não definitivamente não transitar sentença condenatória transitada em julgado. O réu não pode ser punido

antes da sentença e nem mesmo ser considerado antecipadamente culpado, tendo então que serem aplicadas as mínimas restrições de direitos possíveis e tomando-se apenas as medidas necessárias já que não se sabe se o mesmo é de fato culpado ou inocente.

Há ainda, a possibilidade de aplicação de medidas privativas de liberdade, quais sejam elas a prisão, ante as modalidades de prisão cautelar tem: a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante, por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado e a prisão decorrente de pronúncia. Essas prisões estando de acordo com os princípios constitucionais são aplicáveis, sem estar ferindo o Princípio da presunção de inocência.

Desde que a prisão cautelar, seja medida excepcional que sirva apenas para assegurar o bom andamento do processo, e desde que haja a presença do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora), tem-se uma previsão legal admissível, se seguir todos os requisitos e se for de fato fundamental, já que se perder essas características acaba se tornando uma execução antecipada da pena, ferindo assim o princípio de presunção de inocência.

5.DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO SEGUNDA INSTÂNCIA

Após 30 anos de Constituição, e após a passagem de 34 Ministros pelo Supremo Tribunal Federal - STF, apenas agora de 2009 até a presente data vem se debatendo sobre a Presunção de Inocência e a prisão cautelar em segunda instância. E desses 34, somente 09 ministros foram contrários a uma eventual execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

5.1 Do Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 4.078-7 de MG, onde se alegava a que a prisão antes do trânsito em julgado fere bruscamente o que está elencado no texto constitucional, onde se aduz que ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. O artigo 283 do Código de Processo Penal diz que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A Lei 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execuções Penais – LEP, que é uma Lei mais recente, traz em seu corpo entendimento mais recente e divergente do que diz o art. 637 do CPP, como pode-se vislumbrar abaixo:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares

Art. 637. CPP. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Com isso, a redação da LEP em conjunto com a Carta Magna acaba por desviar as hipóteses de execução da pena antes de se ter a sentença penal condenatória transitada em julgado, têm-se inclusive três emendas que tratam sobre isso, *in verbis*:

“AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.”

(HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

“HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

Ordem concedida.”

(HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

“EMENTA ‘HABEAS CORPUS’ – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA –

PEDIDO INDEFERIDO. – As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem,

para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente.”

(HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

O relator do HC acima citado foi o Ministro Eros Grau, que foi favorável ao HC com a justificativa de que o STF está a serviço da Constituição Federal, e logo, a mesma deverá ser respeitada e seguida assim como seu texto dispõe. Por sete votos a quatro, os ministros acabaram por deferir o pedido de condenado para recorrer a tribunais superiores em liberdade.

É de suma importância ressaltar que tal entendimento do Supremo Tribunal Federal, não interfere em nada no artigo 312 do Código de Processo Penal, e que as prisões, desde que sejam decretadas para garantia da ordem pública ou da instrução processual.

O grande problema do Judiciário brasileiro é a morosidade, às vezes o acusado passa muito tempo preso, sem a comprovação de fato de sua culpa, à espera da sentença, sendo que poderia aguardar em liberdade a sentença que pode declará-lo inocente ou culpado. Já dizia Ruy Barbosa que “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, e às vezes é mais “justo”, é preferível deixar um criminoso solto, que um inocente preso, cumprindo uma pena que não é sua.

Diante disso, o STF novamente reiterou que o Princípio é de Presunção de Inocência, e que por conta disso não pode haver pré julgamentos sem de fato se ter certeza de que o acusado é realmente culpado, ou seja, não se pode alegar a condenação sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado, evitando assim que inocentes sejam considerados culpados.

Posteriormente, após esse entendimento por parte do STF, surgiu em fevereiro de 2018, o Habeas Corpus nº 152752/PR – Paraná, do ex Presidente Luis Inácio Lula da Silva, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Em 22 de março, ocorreu a votação em plenário, onde foi negado por maioria dos Ministros o pedido de habeas corpus do ex Presidente. Sendo voto vencido apenas os Ministros Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski, os demais Ministros da casa acompanharam o voto do relator. O Ministro relator alegou que:

"Não houve, ao menos até o momento, revisão plenária em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Seria possível dizer que haveria ilegalidade ou abuso de poder num ato imputado como coator no qual é seguida a jurisprudência majoritariamente dominante no STF?"

"Nessa perspectiva, não depreendo que ato coator colida com a lei, tampouco que represente abusividade. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, ao cancelar a determinação emanada do TRF-4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente"

Ademais, se tem duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC número 43 e 44 a espera de julgamento no Supremo, portanto até que as mesmas sejam julgadas não se pode falar em ilegalidade.

5.1 Da Constitucionalidade Alegada

Nesses últimos anos, muito se tem discutido em torno de uma possibilidade ou não, de se haver a prisão antes da sentença transitada em julgado, e essa questão não está se limitando apenas ao caso do ex Presidente Lula, mas sim em torno de inúmeras outras pessoas que passam por injustiças diárias por conta do não cumprimento da Constituição Federal.

Uma grande evidência dessa discussão acabou virando o principal objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a ADC nº 43 interposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e a ADC nº 44 interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

Ambas buscavam coibir uma espécie de precedente criado pelo julgamento do HC 126.292, que apesar de não possuir eficácia *erga omnes*, estava sendo utilizado como

parâmetro para outras decisões. Com isso, o intuito é de que seja reconhecido de fato, a validade e a eficácia do artigo 283 do CPP que em conjunto com o artigo 5º LVII da Carta Magna enfatizam e dão ainda mais força ao Princípio de Presunção de Inocência.

Até o presente momento, as duas ADC's estão à espera de julgamento, portanto não se sabe ao certo como ficará o entendimento do Supremo, visto que de 2009 até a presente data já ocorrem diversas mudanças de entendimento. Faz-se necessário aguardar que as ações sejam julgadas e com isso analisar o futuro que o STF dará para todos esses acusados que padecem desse princípio.

6. CONCLUSÃO

O Princípio da Presunção de Inocência tem enorme importância no ordenamento jurídico, de forma que uma interpretação equivocada do mesmo pode acarretar sérios prejuízos a um acusado que no futuro poderá vir a ser tido como inocente.

Ademais, trata-se de um Princípio Constitucional, tido como *clausula pétrea*, vez que está presente no corpo da Carta magna, mais precisamente em seu artigo 5º intitulado como "Dos Direitos e garantias Fundamentais", portanto compreende-se que o Princípio é de Inocência, logo até que seja de fato realmente provado o contrário, ninguém poderá sofrer condenações.

O que se têm de fato é uma demora do Judiciário em julgar os inúmeros processos e com isso muitos acusados acabam por ficar presos esperando uma sentença que poderá comprovar que ele é inocente.

O Supremo Tribunal tem tido entendimentos que acabaram por se divergir nesses últimos anos, primeiro entende ele que sim, o acusado deverá de fato, aguardar a sentença condenatória em liberdade tal qual aduz a constituição. Porém, posteriormente, o mesmo supremo que entendeu tal questão, acaba por "voltar" em seu entendimento e permite que o acusado seja preso antes que saia sua sentença, isso causa uma grande insegurança jurídica, uma vez que inocentes podem acabar sendo punidos.

A grande esperança é que, com o julgamento das ADC's tenha-se um entendimento solidificado e que o mesmo tenha uma eficácia *erga omnes*, e que com isso a morosidade do judiciário diminua. Porém, até que as ADC's sejam de fato julgadas, não se pode falar em Presunção de Inocência, visto que o texto constitucional não está sendo seguido por aqueles que tem como dever guardar a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

DICIO, Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/punicao/>>. **Acesso em 03 de maio de 2018.**

PENA: ORIGEM, EVOLUÇÃO, FINALIDADE, APLICAÇÃO NO BRASIL, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17376&revista_caderno=3/>. **Acesso em 03 de maio de 2018.**

VIGIAR E PUNIR: origem da prisão, Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5729/>. **Acesso em 03 de maio de 2018.**

HISTORIA DA PUNIÇÃO, Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm/>>. **Acesso em 05 de maio de 2018.**

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html/>>. **Acesso em 06 de maio de 2018.**

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – DUDH – Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf/>>. **Acesso em: 06 de maio de 2018.**

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm/>. **Acesso em 06 de maio de 2018.**

DECRETO LEGISLATIVO Nº 27 – Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html/>>. **Acesso em 07 de maio de 2018.**

PRINCIPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCENCIA – Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7%C3%A3o-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo/>> **Acesso em: 15 de maio de 2018.**

PRESUNÇÃO DE INOCENCIA E IN DÚBIO PRO REO – Disponível em: < http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13622&revista_caderno=22/>. **Acesso em: 15 de maio de 2018.**

NOTICIA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf/>>. **Acesso em 19 de maio de 2018.**

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm/>. **Acesso em 19 de maio de 2018.**

LEI DE EXEÇÕES PENAS – Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm/>. **Acesso em: 19 de maio de 2018.**

NOTÍCIAS STF – Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf/>>. **Acesso em: 19 de maio de 2018.**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092/>>. **Acesso em 20 de maio de 2018.**

HC DO LULA – Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/hc-do-lula/>. **Acesso em: 20 de maio de 2018.**

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44 – Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065/>>. **Acesso em: 20 de maio de 2018.**

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 – Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729/>>. **Acesso em 20 de maio de 2018.**

O FUTURO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS MÃOS DO STF – Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/daniel-burg-futuro-presuncao-inocencia-maos-stf/>>. **Acesso em: 20 de maio de 2018.**

O NOVO PARADIGMA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A INTERPRETAÇÃO DO STF E A ANÁLISE TÉCNICA DA DOUTRINA – Disponível em: <
<https://www.lex.com.br/doutrina/27624236/O-NOVO-PARADIGMA-DA-PRESUNCAO-DE-INOCENCIA-A-INTERPRETACAO-DO-STF-E-A-ANALISE-TECNICA-DA-DOUTRINA.aspx/>>. **Acesso em: 21 de maio de 2018.**

privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12403, de 2011)

§ 002º - A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído

pela Lei nº 12403, de 2011).

Fundamentação Constitucional

- Art. 005º, LVII

Decisão Monocrática da Liminar

Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferindo à cautelar, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Falaram pelo requerente Partido Ecológico Nacional - PEN, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro; pelo amicus curiae Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa; pelo amicus curiae Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Thaís dos Santos Lima; pelo amicus curiae Instituto Brasileiro De Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Thiago Bottino; pelo amicus curiae Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, o Dr. Leonardo Sica; pelo amicus curiae Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Fábio Tofic Simantob; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo, o Dr. José Horácio Ribeiro; pelo amicus curiae Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Elias Mattar Assad; pelo amicus curiae Instituto Ibero Americano de Direito Público Capítulo Brasileiro - IADP, a Dra. Vanessa Palomanes, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.

- Plenário, 01.09.2016.

O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

- Plenário, 05.10.2016.

- Acórdão, DJ 07.03.2018.

Ementa

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da

Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

ANEXO A – AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE nº 44

AÇÃO DELCARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44

Origem: **DISTRITO FEDERAL** Entrada no STF: **20/05/2016**

Relator: **MINISTRO MARCO AURÉLIO** Distribuído: **20/05/2016**

Partes: **REQUERENTE (S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB (CF 103, VII) INTERESSADO (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Dispositivo Legal Questionado

- PREVENÇÃO ADC 43

Art. 283, "caput" do Decreto-Lei nº 3689 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) alterado pela Lei nº 12403, de 2011.

Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941

Código de Processo Penal.

Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12403, de 2011).

Fundamentação Constitucional

- Art. 005°, LVII e LXI

- Art. 097

Decisão Monocrática da Liminar

Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferindo a cautelar, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Juliano Breda; pelo amicus curiae Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa; pelo amicus curiae Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti; pelo amicus curiae Instituto Brasileiro De Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Thiago Bottino; pelo amicus curiae Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, o Dr. Leonardo Sica; pelo amicus curiae Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Fábio Tofic Simantob; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo, o Dr. José Horácio Ribeiro; pelo amicus curiae Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Elias Mattar Assad; pelo amicus curiae Instituto Ibero Americano de Direito Público Capítulo Brasileiro - IADP, a Dra. Vanessa Palomanes; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

- Plenário, 01.09.2016.

O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

- Plenário, 05.10.2016.

- Acórdão, DJ 07.03.2018.

Ementa

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

DA INFLUÊNCIA NEOLIBERAL AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO POLÍTICO-ECONÔMICO ATUAL E DA APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS

RAPHAEL SILVA DE CASTRO LIMA:

Advogado. Bacharel laureado em Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi) e em Compliance, LGPD e Prática Trabalhista pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPrev).⁶⁹

RESUMO: Estudar a Reforma Trabalhista e Previdenciária é significa analisar da tendência global e atual da busca de redução ou total retirada de direitos sociais, sob a justificativa de fortalecimento da economia e do incentivo ao desenvolvimento econômico, que segue uma lógica capitalista que beneficia apenas os detentores de grande capital, evidenciando um avanço incondicional do neoliberalismo, que busca se desligar de qualquer viés social. Foi justamente a Reforma Previdenciária que estabeleceu nova idade mínima para a aposentadoria voluntária dos servidores federais, mas não fez o mesmo com os servidores estaduais e municipais. Contudo, por força do pacto federativo e do princípio da simetria, antiga decisão do STF já dispunha sobre a autoaplicabilidade das normas previdenciárias constitucionais, fortalecendo a tese da desnecessidade de uma PEC Paralela e da extensão imediata, ainda que não expressa no texto reformador, da Reforma Previdenciária aos Estados e Municípios, ficando sem efeito a vontade política em driblar tal determinação.

Palavras-chave: Neoliberalismo; Reforma da Previdência, princípio da simetria; pacto federativo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a Emenda Constitucional nº 103 de 2019, popularmente chamada de “Reforma da Previdência”, que promoveu diversas mudanças, a nível constitucional, do direito previdenciário brasileiro, gerando discussões sobre as suas alterações e como estas afetarão os futuros aposentados e beneficiários do sistema previdenciário brasileiro.

Além da atualidade do tema, diversas questões continuam sem respostas ou sem unanimidade quanto ao tratamento a ser dado. Diante disso, a problemática principal

⁶⁹ E-mail: raphaellima.silva.100@gmail.com

adotada por este trabalho diz respeito à opção política, por parte do legislador, de retirar, ainda que parcialmente, os Estados e Municípios das novas regras do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), abarcando, por ora, apenas os servidores públicos federais. Com vistas a corrigir o erro anterior, tramita no Legislativo Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 133, de 2019, chamada de “PEC Paralela”, para fornecer a possibilidade de que os demais entes federativos integrem as mudanças feitas.

Antes de adentrar no cerne da questão, contudo, torna-se necessário realizar uma análise da conjuntura político-econômica em que nos situamos, de forma a entender os motivos que justificaram as recentes ondas de reformas, iniciando-se pela Reforma Trabalhista, de 2017, e, agora, a Reforma da Previdência. Em seguida, torna-se imprescindível a discussão acerca do que viria a ser o princípio da simetria, cuja discussão traz à baila pontos essenciais do direito constitucional, como o pacto federativo e a natureza das normas constitucionais.

A pesquisa alicerça-se na perspectiva teórico-jurídica acerca da reforma da previdência, de modo a difundir uma visão crítica das mudanças observadas na Constituição Federal de 1988. Também pretende-se utilizar o método histórico, visto que, sempre que possível, será feito um esforço histórico de determinado instituto ou princípio.

Como técnicas de pesquisa, serão utilizadas a documental indireta, através da busca por bibliografias acerca da temática da reforma previdenciária e as consequências das alterações trazidas pela EC nº 103, de 2019, buscando relatórios de entes nacionais e entendimentos doutrinários. Serão utilizadas, também, jurisprudências dos mais variados tribunais, como forma de fomentar perspectivas práticas ao tema exposto e demonstrar como este já foi e é tratado atualmente.

Diante disso, consta como objetivo geral da pesquisa a análise da possibilidade de aplicação automática das alterações atinentes do RPPS aos demais entes federativos, ainda que expressamente não abrangidos pela EC nº 103/2019. São objetivos específicos, também, verificar a influência neoliberal no contexto brasileiro; relacionar os principais institutos relacionados à discussão, a saber o princípio da simetria, o pacto federativo brasileiro e a natureza das normas constitucionais, naquilo pertinente ao direito previdenciário; e discutir quanto à desnecessidade da PEC Paralela, que busca a inclusão, ainda que tardia, dos demais entes federativos.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará o contexto neoliberal no qual nos situamos, seguido, no capítulo segundo, da conceituação do princípio da simetria, do seu conteúdo e como ele é oriundo do pacto federativo, além de como a natureza das normas constitucionais influenciam a discussão do capítulo seguinte, qual seja como a aplicação automática de determinadas normas constitucionais torna desnecessária a tramitação da

PEC Paralela ou, até mesmo, a necessidade que os entes federativos venham a aderir à alteração que tentou se limitar aos servidores federais.

2 A INFLUÊNCIA DA PAUTA NEOLIBERAL NAS REFORMAS TRABALHISTA E DA PREVIDÊNCIA⁷⁰

Não é de hoje que os Chefes do Executivo federal e membros do Poder Legislativo demonstram interesse em promover reformas legislativas de vasto porte, aqui incluídas as reformas trabalhista, previdenciária e a, ainda por vir, tributária⁷¹, sob o principal argumento de que seria necessário sanar as altas cifras da dívida pública e fortalecer a economia. Toda essa narrativa demonstrada acima se encaixa dentro de uma atual tendência liberal, de abrangência mundial, como se constata com as recentes eleições ocorridas nos Estados Unidos, na França e no Brasil, por exemplo.

O neoliberalismo tem como proposta o livre funcionamento do mercado, como meio de controle da inflação e conduzindo, natural e progressivamente, à redução do desemprego, à medida que neutraliza o poder de negociação dos sindicatos, reduz a intervenção estatal; e extingue ou, ao menos, enfraquece seguridade social. Os problemas econômicos modernos, para os neoliberais, adviriam das garantias sociais existentes atualmente, decorrentes da atuação dos sindicatos que, a todo momento, buscam melhores condições aos trabalhadora que representam. Dentre as melhorias, estão os salários, os benefícios do sistema de seguridade social e das políticas de pleno emprego, tratados, pelos neoliberais, como defeitos de uma sociedade igualitária e justa (NUNES, 2003, p. 451).

A responsabilidade estatal em proteger os indivíduos de situações de miserabilidade e em reduzir a desigualdade de riqueza deve dar vez à responsabilidade própria individual, por consistir, na visão neoliberal, um atentado à liberdade individual (NUNES, 2003, p. 441).

Dito de outra forma, “a diminuição dos salários reais é a condição indispensável e decisiva para que possa se reduzir o desemprego e possa se promover o (pleno) emprego” (NUNES, 2003, p. 431), pois, com o aumento do lucro das empresas, estas reverteriam o lucro em investimentos privados que, por conseguinte, ofertariam mais postos de trabalho.

⁷⁰ O aludido capítulo foi majoritariamente baseado no subcapítulo “Neoliberalismo e democracia e direitos humanos” do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA: violação dos postulados da busca do pleno emprego e da vedação ao retrocesso social”, de minha autoria, que se encontra no endereço:

<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/14354>. Acesso em 18 jul. 2020.

⁷¹ Conforme noticiado no endereço eletrônico: <https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-principais-pontos-das-reformas-trabalhista-e-da-previdencia.ghtml> Acesso em 12 jul. 2020.

Contudo, não podemos deixar de lembrar que a desigualdade econômica é inerente ao capitalismo, cabendo aos seus defensores a busca de uma maneira de legitimá-la. Já os trabalhadores, por suas vezes, investiriam em poupanças e programas de previdência privados.

Por mais que se diga que o Estado liberal logrou êxito durante os séculos XVIII e XIX, estes foram marcados pela incipiente tecnologia nas indústrias, pela menor concentração de renda, de poucos direitos civis e políticos reconhecidos aos trabalhadores, bem como pelas precárias formas de organização de classes. Atualmente, as formas de Estado situam-se sob a égide de uma economia com um alto grau tecnológico e em constante alteração, além de haver uma variedade maior de direitos reconhecidos e a serem reconhecidos aos cidadãos, pondo em xeque a eficiência do estado liberal. Avelã Nunes (2003, p.433) afirma que a Grande Depressão dos anos 1929 a 1933 foi uma consequência das dificuldades que o estado liberal enfrentou, a partir das conquistas dos trabalhadores dos direitos civis e políticos e do sufrágio universal.

Consequentemente, para combater a aludida crise, nos Estados Unidos foi adotada a política chamada *New Deal*, inaugurando o estado keynesiano ou de bem-estar social e tornando o desemprego uma questão sócio-política central nas sociedades democráticas, contrapondo-se ao darwinismo social liberal de superação dos mais fortes, que defendia que o desemprego seria um fenômeno natural, resolvendo-se através da flexibilidade dos salários.

Ademais, os defensores liberais podem afirmar as consequências positivas do liberalismo do mercado. Contudo, jamais poderão afirmar que foi democrático:

Todas essas enormes restrições sociais, econômicas, políticas, institucionais e jurídicas enquadravam o Estado Liberal dentro dos marcos do liberalismo, é claro, porém jamais dentro dos marcos de um conceito real, consistente e efetivo de democracia. Em conformidade com esse primeiro paradigma do constitucionalismo, a sociedade política (o Estado e suas instituições) e a sociedade civil eram, no máximo, liberais; entretanto, de forma alguma, se tratava de Estado e sociedade democráticos (DELGADO, 2018, p.196).

Inegável, também, reconhecer que a existência de mais direitos leva à necessidade de uma maior atuação do Estado em corrigir injustiças sociais, fato esse que é rechaçado pelos neoliberais, sob o argumento de que as boas intenções de reforma e de transformações sociais são um dos inimigos da liberdade, olvidando-se das relações de poder existentes e que acabam por esfalçar a noção de liberdade e de igualdade material dos indivíduos.

O modelo de política neoliberal surgido na década de 1980 propõe a privatização de empresas estatais produtivas e veda que o Estado venha a contrair dívidas para a veiculação de políticas públicas, convertendo o patrimônio público em patrimônio privado (ASSIS, 2002, p. 130). A consequência da política neoliberal seria não só o aumento do desemprego, mas também a sua transformação em um problema estrutural, em virtude de que o desemprego não diminuiria na mesma proporção em que a produtividade cresceria e em que as novas tecnologias seriam incorporadas (ASSIS, 2002, p. 63).

É por isso que se afirma que o neoliberalismo representa uma contrarrevolução liberal que busca mudar o foco da acumulação do capital no sistema produtivo e com alta intervenção estatal para o sistema especulativo, com atuação mínima do Estado (ASSIS, 2002, p. 132).

Curioso notar, também, a guinada conservadora após o período da Grande Depressão, marcado por uma maior preocupação dos cidadãos com a inflação do que com o desemprego, pois os desempregados não teriam sua sobrevivência ameaçada, em virtude da existência da proteção estatal mediante a seguridade, na visão deles. A aludida guinada, no Brasil, não possui perspectivas de enfrentamento:

Aqui é fácil ver o que tem que ser feito, a fim de tornar compatível a realidade social com a cidadania ampliada. Difícil é superar as condições internacionais objetivas que, combinadas a resistências ideológicas externas e internas, se antepõem a qualquer projeto de mudança que se pretenda eficaz. No campo da ideologia, um claro embaraço decorre do fato de que, politicamente, os defensores da justiça social tenham que aparecer como conservadores (das conquistas passadas), enquanto os darwinistas sociais se apresentam como modernos (ASSIS, 2002, p. 76).

Por isso, falar da Reforma Trabalhista e Previdenciária, enfim, é falar da tendência global moderna da busca de redução ou total retirada de direitos sociais, sob a justificativa de fortalecimento da economia e do incentivo ao desenvolvimento econômico, que segue uma lógica capitalista que beneficia apenas os detentores de grande capital, evidenciando um avanço incondicional do neoliberalismo, que busca se desligar de qualquer viés social.

Em verdade, a intervenção estatal não significa a falta de inovações e investimentos, tanto que, a exemplo dos governos brasileiros de Getúlio Vargas, de Juscelino Kubitschek e, até mesmo, durante a ditadura militar, o papel de inovador cabia ao estado, arcando com todos os custos, e não aos empresários estrangeiros e nacionais (GRAU, 2010, p. 45).

Para o neoliberalismo conseguir ser implantado de forma plena, deve-se, antes de tudo, alterar o texto constitucional e, mesmo se isso ocorresse, não lograria êxito. Primeiro, por atender aos interesses exclusivos de investidores e reduzir os custos das empresas; segundo, por ter fracassado no sentido de não ter conseguido, até então, retomar o capitalismo de outrora, durante o período industrial, e nem de ter conseguido anular a atuação estatal (ANDERSON, 1995, p. 12).

Embora o trabalho não esteja em vias de desaparecer por completo, por ser necessária uma interação, ainda que reduzida, entre o trabalho vivo (feito pelos trabalhadores) e o morto (feito pelas máquinas), é patente que as empresas estão adotando modalidades de organização mais enxutas, buscando incrementar a utilização do trabalho morto e aumentar a produtividade, em tempo cada vez mais curto. É por isso que se diz que uma das facetas do capitalismo é a necessidade cada vez menor do trabalho estável e maior do trabalho subproletariado (aquele parcial, terceirizado ou precarizado). A outra faceta seria, por óbvio, a capacidade de descartar bilhões de pessoas, tornando-as desempregadas ou em condições precárias de trabalho (ANTUNES, 2005, p. 26-28).

Se o trabalhador não pode ter benesses enquanto trabalha, também não poderá após o seu tempo de trabalho. No que tange especificamente às reformas previdenciárias de outrora, também é patente a tentativa – com êxito, diga-se –, de onerar apenas um lado da relação:

Neste quadro cultural não se deve surpreender com o fato das emendas à Constituição do Brasil, ocorridas em 1998, 2003 e 2005, e conhecidas como “Reformas da Previdência,” terem contribuído significativamente para alastrar a sensação de insegurança quanto às regras para a concessão de aposentadorias e pensões. Sob o influxo neoliberal, ambos os regimes de previdência do Brasil (Geral e Próprio dos servidores públicos), sofreram inovações que relativizaram dogmas previdenciários. No regime geral, o conhecido “fator previdenciário”, fórmula criada pela Lei nº 9.876/99 para cálculo dos benefícios, foi cunhada com a intenção de reduzir o questionável déficit da previdência, diminuindo o valor daqueles e aumentando as exigências para a aposentadoria, principalmente em relação à idade e tempo de contribuição. Tal inovação historicamente “achatou” os valores a serem recebidos¹.

Já no regime próprio dos servidores públicos, a quebra da paridade entre ativos e inativos, e o abalo da segurança jurídica quanto às exigências para a aposentadoria, frustraram de forma abrupta as legítimas expectativas dos trabalhadores que almejaram se manter

na velhice com o mínimo de dignidade, ao menos com o mesmo padrão remuneratório que auferiam em atividade. Tais alterações demonstram que o intuito reformador visou tão-somente o equilíbrio das contas governamentais, e o que é pior, com o sacrifício de apenas um dos atores sociais que devem, segundo a Constituição Brasileira, financiar a seguridade social: a massa de trabalhadores. [...] Se reformas são necessárias, que não se façam apenas sob a rispidez dos números, estatísticas e interesses privados inconfessáveis, mas também imbuídas do propósito de incorporar ao prefixo “neo”, expressões como dignidade, respeito e amparo. (IURK, 2014).

O neoliberalismo seria, portanto, antissocial, por ameaçar a própria sociedade civil, por meio da exclusão social, por suscitar a concorrência entre os indivíduos e a destruição do serviço público, bem como utilizar imoderadamente os recursos naturais. Está escandarada a contradição entre o neoliberalismo e a democracia (GRAU, 2010, p. 49):

[...] é eticamente inaceitável viver em uma sociedade que se fratura cada vez mais; é inaceitável viver nessas condições de desigualdade na distribuição de renda (desigualdade que se amplia cada vez mais); é extremamente inaceitável viver em um país onde são tão profundas as diferenças sociais entre pobres e ricos e, sobretudo, também onde essas desigualdades são tão acentuadas entre os próprios pobres (SALAMA, 1995, p. 53 apud GRAU, 2010, p. 48).

O Estado passa a ser visto como inimigo, sendo necessários desregulamentar o mercado e acabar com o protecionismo, além da remoção de quaisquer cláusulas sociais, mesmo havendo o fato histórico de que as taxas de crescimento durante o período intervencionista foram maiores do que em períodos neoliberais (GRAU, 2010, p. 50-51).

Há autores que simplesmente concluem que a política neoliberal é inconstitucional, por ferir o modelo econômico de bem-estar proposto pela Constituição Federal de 1988, por submeter áreas de interesse público ao âmbito particular, e por desprezar os fundamentos impostos pela mesma Constituição, dentre eles o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

Em que pese os argumentos acima, entendemos que é possível haver a coexistência entre ambos. Contudo, mais uma vez, o capitalismo deve exercer aquilo que é o motivo de continuar existindo até hoje: a sua capacidade de se modular a cada situação, transformando-se.

Os Estados e atores econômicos devem assumir responsabilidades e, voluntariamente, reconhecer limites ao avanço neoliberal, sob pena de sacrificar não só o próprio capitalismo, como também a sociedade como um todo. Seria o chamado efeito autofágico do neoliberalismo (GRAU, 2010, p. 57), que busca atacar os próprios direitos sociais e individuais que outrora foram conquistados, seja durante o estado intervencionista, seja durante o início do estado liberal, marcado pela conquista dos direitos de liberdade formal:

Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu o seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito. O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe (GRAU, 2010, p. 55).

É possível a coexistência, pois a Constituição Federal de 1988 é eclética, abarcando interesses diversos e buscando a conciliação destes, e, em que pese estejamos sobre um período de forte tendência neoliberal, não podemos deixar de buscar a conciliação entre o Estado capitalista e a legitimação social, ainda que para a própria sobrevivência daquele (NUNES, 2003, p. 456), motivo pelo qual as reformas atuais não podem favorecer apenas um lado do jogo de poderes existentes na sociedade brasileira.

3 PRINCÍPIO DA SIMETRIA DECORRENTE DO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO E A NATUREZA DAS NORMA CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil adota, como bem sabemos, a forma de estado federativa, traduzida na coexistência entidades dotadas de autonomia e de capacidade. O poder político passar a ser repartido entre as entidades federativas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que abrem mão de sua soberania, cuja característica pertence unicamente ao país Brasil, submetendo-se à indissolubilidade do vínculo federativo. (LENZA, 2019, p.481).

Cada um desses entes possui competências previstas na Constituição Federal de 1988 e a autonomia de cada um deles se traduz em quatro desdobramentos:

Primeiramente, graças à auto-organização, cada Estado possuirá a sua respectiva Constituição Estadual, ao passo que o Município e o Distrito Federal possuirão as suas Leis

Orgânicas. Já a auto legislação diz respeito à elaboração, por cada um dos entes, de leis em conformidade com as suas competências. O autogoverno é a capacidade que tem o ente de escolher os representantes de seus poderes, ao passo que a administração se refere à capacidade de cada ente desempenhar as suas competências administrativas, legislativas e tributárias, expressamente previstas. (PRETTO; PRETTO, 2019, p.296)

É nesse momento que entra em cena o princípio da simetria, oriundo de construção jurisprudencial, que consiste em impor limitações aos entes federativos, de modo que se espelhem no modelo estabelecido, pela Constituição Federal, à União e não desaguem na discricionariedade, sob o mote da autonomia:

No desate de causas afins, recorre a Corte, com frequência, ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, **quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos**. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da CF e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República. Se a garantia de simetria no traçado normativo das linhas essenciais dos entes da Federação, mediante revelação dos princípios sensíveis que moldam a tripartição de poderes e o pacto federativo, deveras protege o esquema jurídico-constitucional concebido pelo poder constituinte, é preciso guardar, em sua formulação conceitual e aplicação prática, particular cuidado com os riscos de descaracterização da própria estrutura federativa que lhe é inerente. (...) Noutras palavras, não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. **A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.**[ADI 4.298 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 7-10-2009, P, DJE de 27-11-2009; ADI 1.521, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-6-2013, P, DJE de 13-8-2013] (grifos nossos).

Importante ressaltar, contudo, que não há unanimidade atinente à existência do princípio da simetria, de forma que alguns detêm um olhar crítico sobre ele, alegando que, na verdade, o federalismo brasileiro pugna pela descentralização, sendo o princípio da simetria utilizado pelo STF, como forma de centralizar o poder nas mãos da União:

A centralização da Federação brasileira encontra no STF um agente na prática jurídica. Assim, o STF, ao se utilizar de um recurso retórico que os Ministros denominam em seus votos como princípio da simetria, retroalimenta a centralização do Estado federal brasileiro. O princípio da simetria, conforme demonstrado, não é um princípio jurídico; é um recurso argumentativo de cerceamento da autonomia dos Estados federados, em especial das disposições de suas Constituições. (LIZIERO, 2019, p. 409).

Contudo, e como já demonstrado, a finalidade da utilização do aludido princípio é o de apenas limitar a atuação dos demais entes, como forma de não fugir das diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal, evitando arbitrariedades.

Antes de abordarmos a principal discussão do presente trabalho, torna-se imprescindível, também, tratar dos conceitos atinentes à natureza das normas constitucionais, que podem ser de reprodução obrigatória ou de mera repetição, tema que decorre diretamente do pacto federativo e da autonomia dos entes federativos.

Nas normas de mera imitação os demais entes federativos são suggestionados a aderir voluntariamente à determinação da Constituição Federal, por meio de simples cópia de institutos (o chamado mimetismo constitucional). Aqui, fala-se de normas que poderiam ter disciplina diversa ou que podem ser revogadas ou substituídas a qualquer tempo, sem infração à Constituição Federal. Tais normas representariam efetivamente parcela da autonomia normativa dos Estados. (MODESTO, 2016, p. 153).

Já as normas de reprodução obrigatória são aquelas que devem ser observadas de maneira compulsória (eficácia positiva) pelos demais entes, mesmo que não as prevejam em suas constituições, como as normas que regem o processo legislativo federal e os princípios da administração pública (do art. 37) da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não admitindo a existência de normas contrárias a elas (eficácia negativa).

No último caso, portanto, violar uma norma de reprodução obrigatória significa que o Estado estaria violando, essencialmente, a Constituição Federal. A consequência prática é a de que, no caso das normas de mera repetição, caso o Estado a tenha adotado, caberia

controle concentrado no Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro a norma da Constituição Estadual.

Já no caso das normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal em uma Constituição Estadual, caberia controle concentrado no Tribunal de Justiça, mas tendo como parâmetro a própria norma da Constituição Federal. Trata-se de situação peculiar que, em seguida, ainda permite a interposição de recurso extraordinário para o STF, cuja decisão terá os mesmos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, em regra, *erga omnes, ex tunc* e vinculante. (LENZA, 2019, p. 466).

Cabe falar, ainda, sobre as normas de remissão, que possuem conteúdo incompleto, de forma que irão se remeter a dispositivos constitucionais. Estas, por sua vez, poderão ser de força obrigatória ou de mera repetição, de forma a se concluir que as normas de remissão terão caráter ambíguo, a depender do dispositivo da Constituição Federal a que se remetem:

[...] pois podem traduzir: (a) parcela da autonomia normativa dos Estados-membros (neste caso são simples equivalentes funcionais das normas de imitação); (b) fórmula para incorporar de modo elíptico conteúdos prescritivos de reprodução obrigatória (neste caso são simples equivalentes funcionais das normas de reprodução obrigatória); (c) normas de devolução, isto é, normas que devolvem a disciplina da matéria a normas indeterminadas de veículos normativos diversos ou a normas do próprio veículo de referência (normas de autorreferência), sem incorporar conteúdo prescritivo algum (neste caso funcionam como normas remissivas formais, caracterizadas pela renúncia à recepção de conteúdo normativo determinado sobre a matéria referida ou simples técnica de evitar autorredundância normativa). (MODESTO, 2016, p.153-154)

Delineadas as principais características de tais normas, finalmente podemos partir para o cerne do trabalho, que abordará a aplicação automática da reforma previdenciária aos Estados e Municípios.

4 A NÃO EXTENSÃO PARCIAL DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

É com fulcro no aludido princípio que se passa a discutir a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que aprovou a “Reforma da Previdência”. No projeto inicial (PEC nº 6/2019), havia a previsão de que as alterações atinentes à previdência abrangeriam, também, os Estados e Municípios.

Antes da reforma, era garantida a aposentadoria voluntária, que necessitava de tempo mínimo de exercício no serviço público era de 10 (dez) anos e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo. No caso de aposentadoria proporcional, eram exigidos 65 (sessenta e cinco) anos de idade para homens e 60 (sessenta) para mulheres. Na aposentadoria por tempo de contribuição eram exigidos 60 (sessenta) anos de idade e mais 35 (trinta e cinco) anos de tempo de contribuição aos homens, enquanto as mulheres necessitavam de 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição.

Além disso, o texto constitucional expressamente abrangia todos os demais entes federativos, como se pode notar:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos **da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (grifos nossos)

Já após a reforma, assim ficou o dispositivo correspondente:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. [...]

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.[...]

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

Vê-se, portanto, que, em momento posterior, os Estados e Municípios foram retirados parcialmente da reforma, no que tange às regras de aposentadoria do Regime

Próprio da Previdência Social (RPPS), cálculos e pensão, conforme parecer da Comissão Especial:

É em tal contexto que devem ser compreendidas as alterações feitas no substitutivo no conteúdo do art. 40 da Constituição. De nenhuma forma se pode imputar a este relator ausência de preocupação com a situação fiscal de Estados e Municípios. Lamentamos profundamente que o **contexto político tenha criado dificuldades incontornáveis à imediata extensão das alterações feitas no regime previdenciário dos servidores às demais unidades federativas**, mas não se justifica, em razão deste fato, que se abdique da oportunidade de equacionar o regime previdenciário dos servidores federais. (grifos nossos) (BRASIL, 2019a, p. 66).

Dentre os motivos contrários à retirada, há argumentos de cunho econômico-financeiro:

Segundo dados do Tesouro Nacional, o déficit atuarial dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é quase tão grande quanto o do Regime Geral operado pelo INSS. Conforme dados da publicação Aspectos Fiscais da Seguridade Social, de 2018, esse déficit era de R\$ 5,5 trilhões em 2016, até 2060, não tão distante do déficit de R\$ 8 trilhões do Regime Geral. Todavia, enquanto o Regime Geral atende dezenas de milhões de famílias brasileiras, os regimes próprios dos servidores estaduais, distritais e municipais cobrem uma minoria de brasileiros. Há algo profundamente fora de lugar. Tais dados são alarmantes: o déficit atuarial de vários Estados é maior do que o próprio PIB local. Ou seja, o passivo do Estado com seus servidores é muitíssimo maior do que os passivos que o Estado tem com a União, objeto de sucessivas renegociações neste Congresso Nacional ao longo dos anos. (BRASIL, 2019b, p. 32)

Dito de outra forma, a Reforma estabeleceu nova idade mínima para a aposentadoria voluntária dos servidores federais, mas não fez o mesmo com os servidores estaduais e municipais, “quebrando, assim, uma tradição de unidade de regras de aposentadoria e pensão de servidores públicos e seus dependentes, existente há anos no País.” (MARTINS, 2020).

Para solucionar tal celeuma, optou-se pela elaboração da PEC nº 133/2019, chamada de “PEC Paralela”, com vistas a evitar que os milhares de municípios e diversos Estados

adotassem diferentes regras de aposentadorias e pensões, de modo a incluir, de maneira definitiva, os demais entes federativos à reforma promovida.

Disso, surgem dois questionamentos. Primeiramente, não seria mais viável cogitar que o artigo 40 da CF/88, dispositivo que versa sobre os regimes próprios de cada ente, em virtude do princípio da simetria constitucional e do pacto federativo, seria autoaplicável?

Indo além, a PEC Paralela, supostamente criada para evitar distorções no âmbito do RPPS dos entes, apenas fixará a possibilidade dos demais entes aderirem, por meio de lei ordinária de iniciativa do Poder Executivo, aos mesmos dispositivos que regem o RPPS da União:

Art. 40-A. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de lei ordinária de iniciativa do respectivo Poder Executivo, **poderão** adotar para seu regime próprio de previdência social, desde que sem prazo definido, condições ou exceções, as normas de que tratam os incisos I e III do § 1º e os §§ 3º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 5º e 7º do art. 40 aplicáveis ao regime próprio de previdência social da União. (grifos nossos) (BRASIL, 2019b, p.68)

Ora, se a mesma não promove a inclusão imediata dos entes e grande parte dos Estados já possuem as suas respectivas reformas em vigor ou, no mínimo, aprovadas⁷², é pacífico concluir quanto à desnecessidade da aludida PEC, visto que, caso seja aprovada, apenas restarão aos Municípios a adesão ou definição de regras próprias para seus servidores. (MARTINS, 2020).

Interessante expor decisão antiga do STF, anterior à reforma, dispondo que um dos dispositivos do art. 40 da CF/88 (no caso, o atinente ao abono de permanência), seria autoaplicável, fortalecendo a tese da desnecessidade de uma PEC Paralela e da extensão imediata, ainda que não expressa no texto reformador, da Reforma Previdenciária aos Estados e Municípios:

É inconstitucional a norma do Estado de Pernambuco que prevê a regulamentação da isenção de contribuição previdenciária (abono de permanência), porquanto **a norma prevista no § 1º do art. 3º da EC 20/1998 é autoaplicável**, e devem ser observadas apenas as

⁷² Conforme notícia disponibilizada no endereço:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/01/02/interna_politica,817749/maioria-dos-estados-que-fizeram-reforma-da-previdencia-e-do-nordeste.shtml> Acesso em 11 jul. 2020.

condições impostas no art. 40, § 1º, III, a, da CF. **Violação do princípio da simetria constitucional.** [ADI 3.217, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-10-2019, P, DJE de 4-11-2019] (grifos nossos)

Em outros julgados, tanto atuais quanto remotos, o STF expressamente afirmou que o artigo 40 da CF/88 constitui norma de reprodução obrigatória:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTAGEM PROPORCIONAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB O REGIME DE APOSENTADORIA ESPECIAL E SOB REGIME DIVERSO. IMPUGNAÇÃO DO § 6º DO ART. 126 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO: 'O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB O REGIME DE APOSENTADORIA ESPECIAL SERÁ COMPUTADO DA MESMA FORMA, QUANDO O SERVIDOR OCUPAR OUTRO CARGO DE REGIME IDÊNTICO, OU PELO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE, QUANDO SE TRATE DE REGIMES DIVERSOS. [...] 4. Ação direta conhecida e julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do § 6º do art. 126 da Constituição do Estado de São Paulo, porque **o art. 40 da Constituição Federal é de observância obrigatória por todos os níveis de Poder.** (ADI 178, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/1996, DJ 26-04-1996 PP-13112 EMENT VOL-01825-01 PP-00032) (grifos nossos)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 57, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ, NA REDAÇÃO DADA PELA EC 32, DE 27/10/2011. IDADE PARA O IMPLEMENTO DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS ALTERADA DE SETENTA PARA SETENTA E CINCO ANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 40, § 1º, II, DA CF. PERICULUM IN MORA IGUALMENTE CONFIGURADO. CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITO EX TUNC. I **É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que as normas constitucionais federais que dispõem a respeito da aposentadoria dos servidores públicos são de absorção obrigatória pelas Constituições dos Estados.** Precedentes. II A Carta Magna, ao fixar a idade para a aposentadoria compulsória dos servidores das três esferas da Federação em setenta anos (art. 40, § 1º, II), não deixou margem para a atuação inovadora do legislador constituinte estadual, pois estabeleceu, nesse sentido,

norma central categórica, de observância obrigatória para Estados e Municípios. III Mostra-se conveniente a suspensão liminar da norma impugnada, também sob o ângulo do perigo na demora, dada a evidente situação de insegurança jurídica causada pela vigência simultânea e discordante entre si dos comandos constitucionais federal e estadual. IV – Medida cautelar concedida com efeito extunc. (STF - ADI: 4696 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 01/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-055 DIVULG 15-03-2012 PUBLIC 16-03-2012) (grifos nossos).

Visto os julgados acima, o argumento de que uma emenda constitucional seria desnecessária, nesse caso, ganha força, pois insiste em expor o que já é óbvio e pacífico. A vasta e reiterada jurisprudência do STF demonstra que os dispositivos da PEC Paralela atinentes ao art. 40 da CF/88 são de aplicação imperiosa, em virtude do princípio da simetria:

A substituição de uma pauta jurídico-constitucional mínima consolidada, acerca das regras de mudança de regime jurídico dos servidores públicos civis ativos para inativos (aposentados e instituidores de pensão), obrigatória aos entes políticos, permitindo a constituição de múltiplas legislações pelos gestores de Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS em razão da adesão facultativa às regras previdenciárias previstas na PEC 133/2019, desestabiliza a segurança jurídica reinante neste tema, se contrapõe à racionalidade desejada à burocracia estatal, e tende a fomentar novas discussões a curto prazo, em razão da possível inviabilidade financeira de custeio dos benefícios previdenciários de muitos entes federativos que, decerto, optarão pela autonomia legislativa em questões previdenciárias locais. (CONCEIÇÃO, 2019, p.2).

O argumento da aplicação automática aos demais entes federativos está tão exposta que o Ministério da Economia, por meio da Portaria nº 1.34873 estabeleceu prazo para que Estados e Municípios adequem as suas regras previdenciárias às alterações da Reforma que, teoricamente, aplicar-se-ia apenas aos servidores federais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

73 Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.348-de-3-de-dezembro-de-2019-231269862>. Acesso em 12 jul. 2020.

A presente pesquisa possibilitou entender o contexto econômico e político pelo qual perpassamos e como isso findou com as Reformas Trabalhista e Previdenciária, no Brasil. Discutimos o papel que o princípio da simetria possui para a discussão e qual a aplicação prática desse princípio, que possui intrínseca relação com as normas de aplicação obrigatória e aquelas que dependem da opção política de cada ente federativo.

Para tanto, foi concedido o devido espaço para a disciplina de direito constitucional, de modo a inserir a discussão acerca das consequências que a forma de estado federativa traz para o modo de ser da República Federativa do Brasil, como meio apto a garantir, ao mesmo tempo, a descentralização das competências constitucionais e a autolimitação de atuação dos demais entes federativos, pois estes não possuem atuação livre, evitando-se situações de arbitrariedades.

No primeiro capítulo, vimos que as recentes reformas são fruto da crescente onda neoliberal, que prega a necessidade de um aparato estatal mais enxuto, com menos encargos e preocupações, com vistas a conter a crescente dívida pública e fomentar o crescimento da economia e geração de emprego. Contudo, apesar de tais justificativas, percebemos que o trabalhador e contribuinte acabam sendo os principais afetados pelas mudanças.

Foram justamente essas mudanças que foram o foco do quarto capítulo, que tratou da mudança atinente ao regime próprio de previdência dos servidores públicos dos entes federativos, com o aumento da idade mínima para aposentadoria. Contudo, a opção política pela sua não extensão aos Estados e Municípios serviu apenas para satisfazer interesses políticos locais.

Graças aos capítulos segundo e terceiro, tivemos o arcabouço teórico constitucional capaz de nos fazer concluir que, na verdade, o pacto federativo origina o princípio da simetria, que gera normas de aplicação automática, como é o caso do dispositivo do RPPS, que abrangeriam automaticamente todos os entes federativos, por força do pacto federativo. Consequentemente, seria desnecessária qualquer proposta legislativa ou opção de cada ente em aderir às mudanças promovidas em âmbito federal.

Com isso, as alterações relativas ao art. 40 da CF/88 teriam aplicação automática aos Estados e Municípios, fazendo-nos concluir que tanto a PEC Paralela quanto a necessidade de adesão dos demais entes seriam desnecessárias, por lhe faltarem efetividade, ocasionando o fenômeno de coexistência de diversos regimes jurídicos distintos.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. O balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.).

Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. Disponível em:

<<http://www.unirio.br/unirio/cchs/ess/Members/giselle.souza/politica-social-ii/texto-1-balanco-do-neoliberalismo-anderson>>. Acesso em 12 jul. 2020.

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha:** ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005. Disponível em:

<<https://www.docdroid.net/R2Vo5UA/antunes-ricardo-o-caracol-e-sua-concha-socialismo-em-livros.pdf>>. Acesso em 12 jul. 2020.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito:** fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Parecer à Proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2019.** 2019a. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1764444&filename=SBT+2+PEC00619+%3D%3E+PEC+6/2019. Acesso em 12 jul. 2020.

_____, Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 133, de 2019.** 2019b.

Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8004318&ts=1594007405905&disposition=inline>. Acesso em 12 jul. 2020.

CONCEIÇÃO, Lúcio Oliveira da. A desnecessidade da PEC paralela para inclusão de Estados e Municípios na nova previdência, segundo o STF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 6020, 25 dez. 2019. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/77253>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018.

Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115870/2017_delgado_mauricio_matriz_constituicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 jul. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988:** interpretação e crítica. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

IURK, Cassiano Luiz. **Neoliberalismo e Previdência**. 2014 Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/411-neoliberalismo-e-previdencia.html>. Acesso em 12 jul. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIZIERO, Leonam. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 11, nº 2. ISSN 2317-7721 pp. 392-411. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/38725/32476>. Acesso em 12 jul. 2020.

MARTINS, Bruno Sá Freire. O fim da PEC Paralela. **Jornal Jurid**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor/o-fim-da-pec-paralela>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MODESTO, Paulo. As Normas de Reprodução, Imitação e Remissão como Parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das Leis Orgânicas Municipais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 61, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1271410/Paulo_Modesto.pdf. Acesso em 12 jul. 2020.

NUNES, Antônio José Avelãs Neoliberalismo e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em 12 jul. 2020.

PRETTO, Pedro Siqueira de; PRETTO, Renato Siqueira de. O princípio da simetria na Federação brasileira e sua perspectiva jurisdicional. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richar Pae; TERAOKA, Tiago Massao. **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=114315>. Acesso em 12 jul. 2020.

O PLANEJAMENTO TERRITORIAL DAS ÁREAS RURAIS NOS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL/RN

ANNA ELISA ALVES MARQUES:

Doutoranda em Direito (UFRGS), Mestre em Estudos Urbanos e Regionais (UFRN), graduada em Direito (UFRN).⁷⁴

RYANNY BEZERRA GUIMARÃES⁷⁵

(coautora)

RESUMO: A Constituição Federal representa um poderoso marco regulatório no tocante à Política Urbana, determinando, entre outros pontos, a necessidade dos entes produzirem seus Planos Diretores (PDs), o que significou um grande passo para a promoção de políticas de Planejamento Territorial nos municípios brasileiros. Acontece que historicamente o Plano Diretor (PD) privilegia o planejamento das zonas urbanas. O próprio Estatuto da Metrópole aponta que os PDs devem tratar o município como um todo, incluindo as zonas rurais. Tendo como objeto a Região Metropolitana de Natal (RMN), esta pesquisa tem como objetivo compreender como os Planos Diretores da RMN tratam o Planejamento Territorial voltado para as zonas rurais. Para tanto, desenvolve-se uma pesquisa quali-quantitativa, cujo principal referencial são os dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) de 2017, realizada pelo IBGE e guias sobre a produção dos PDs, elaborados pelo Ministério das Cidades. Como resultado, aponta-se: (1) os municípios da Região Metropolitana de Natal não atendem aos critérios elaborados pelo Estatuto da Cidade quanto ao planejamento da área rural; (2) o Município de Macaúba possui destaque quanto às diretrizes do seu Plano Diretor; (3) os gestores compreendem a zona rural como espaço secundário do planejamento territorial.

PALAVRAS-CHAVES: Estatuto da Metrópole; Dicotomia Urbano-Rural; Região Metropolitana de Natal; Plano Diretor.

1 INTRODUÇÃO

Até a década de 1960, de acordo com dados do IBGE, a população urbana brasileira não atingia nem 18 milhões de habitantes, paradigma que se modificou bruscamente a

⁷⁴ E-mail: annaelisaambr@hotmail.com

⁷⁵ Mestre em Estudos da Linguagem (UFRN), graduada em Direito (UFRN). E-mail: ryanny.guimaraes@gmail.com

partir de 1980, quando chegou ao montante de 80 milhões, assim a população urbana do país saltou de 36% para 68% (Faria, 1991).

Esse “boom” foi decisivo para que movimentos sociais urbanos insurgissem em busca de um planejamento de cidade mais inclusivo, com vias a tornar possível uma sociedade democrática, mais justa e igualitária. Projetava-se, então, para aquele período ditatorial, a conquista de direitos que haviam sido minorados pela ditadura ou até mesmo os que nunca existiram. Dessa forma, vários movimentos sociais participaram ativamente da elaboração da Constituição Cidadã de 1988 (Telles, 1994), lutando por espaço no Constituinte.

O produto da mediação dos interesses na elaboração da Constituição de 1988 foi um capítulo específico para a questão urbana denominado “Política Urbana”, assunto que até então não ocupava um espaço nos textos constitucionais brasileiros, e que forneceu aos municípios protagonismo e alguma autonomia na área do Planejamento Territorial (Bonavides, 2006). O artigo 182, presente no capítulo da Política Urbana, dispõe, dentre outros pontos, que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (Brasil, 1988). O referido artigo dispõe, também, que as Câmaras Municipais das cidades com mais de vinte mil habitantes deveriam elaborar seus Planos Diretores, sendo um instrumento básico para a política de desenvolvimento e expansão urbana. Determinando, ainda, que a propriedade urbana só cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (Brasil, 1988).

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 teve como meta implementar um projeto político cujo objetivo era o uso e o aproveitamento coletivo da terra (Pontes; Faria, 2012), de modo que o ideal da reforma urbana era uma questão social e estrutural, não apenas a alteração do espaço, mas uma modificação que fosse capaz de trazer justiça social, elevar a qualidade de vida da população (Souza, 2005) e o Plano Diretor foi o instrumento encontrado para cumprir esse ideal.

Como exposto, o capítulo descrito estabelece que o Poder Público municipal deve construir sua política de desenvolvimento urbano pautada em diretrizes fixadas em lei. O dispositivo em questão só foi desenvolvido em 2001, gerado pelas lutas, novamente, dos movimentos sociais urbanos (Bueno; Cymbalista, 2007). Nasce, assim, o Estatuto da Cidade, um marco regulatório de notável importância para o planejamento do território, tendo como princípios a função social da propriedade e o planejamento participativo, conforme as diretrizes constitucionais (Bueno; Cymbalista, 2007). A referida legislação busca considerar as particularidades de cada município, por isso a importância do ente municipal

na construção da política, além da necessidade de participação da sociedade civil para a sua elaboração (Pontes; Faria, 2012). Assim, no direcionamento da gestão da cidade há instrumentos como audiências e consultas públicas, conselhos e conferências (Gorsdorf, 2009).

O Estatuto da Cidade estabeleceu que até 2006 os municípios deveriam implementar seus Planos Diretores. Em que pese este instrumento esteja disposto na CRFB/88, apenas a partir de 2001 significou uma instauração em grande escala em todo o país, envolvendo um amplo debate sobre o planejamento do território urbano (Bueno; Cymbalista, 2007). Ele também trouxe como novidade a consideração das áreas rurais para o planejamento municipal, no seu artigo 40, § 2º. Em resumo, o Estatuto da Cidade apontou que o Plano Diretor deveria abarcar as zonas rurais e urbanas, uma vez que o seu inciso VII do art. 2º previu a necessidade de “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência” (Brasil, 2001).

Villaça (2011) critica a ideia de que o Plano Diretor não deve se limitar a zona urbana em decorrência da interdependência entre a cidade e a zona rural. Para o autor, independente disso, o Plano Diretor é um instrumento que deve abordar todos os problemas do município, independente se estão na zona rural e urbana.

Em que pese o direcionamento do Estatuto da Cidade, o meio rural ainda é um segmento descuidado pelos Planos Diretores. O rural ainda é visto como subsidiário ao meio urbano (Krambeck, 2007). O próprio ensino escolar do que é urbano e rural, campo e cidade, foca em criar uma visão do campo como um espaço para o desenvolvimento agrícola, ocupando o urbano um espaço de criação de tecnologias, política, sinônimo de desenvolvimento. Pinta-se um quadro como se o urbano representasse o moderno e o rural fosse o arcaico.

Assim, apesar da normatização, o planejamento territorial rural é muito incipiente ou até mesmo inexistente. Para Amanda Mesquita e William Ferreira (2017), o deficiente conhecimento sobre o planejamento do territorial rural por parte do Poder público, além da ausência de metodologia para a organização de tais áreas, mostram-se como óbices para o eficaz desenvolvimento territorial, nos moldes do imaginado pelo Estatuto da Cidade.

Na visão de Moyano Estrada (1994), há uma defasagem dos instrumentos que o Poder público utiliza para o planejamento rural e essa inexistência desencadeia um processo que não promove um desenvolvimento integral das áreas rurais, com melhora nas condições de vida de seus habitantes.

Diante desse cenário, a presente pesquisa tem como objeto de estudo a Região Metropolitana de Natal (RMN), posto que se entende a importância de um efetivo planejamento municipal para a promoção do desenvolvimento regional. Nela, busca-se compreender como os Planos Diretores dos 15 municípios que compõem a RMN dispõem sobre o planejamento territorial das zonas rurais e a importância de tratamento do assunto para o desenvolvimento municipal e regional.

Para tanto, utiliza-se como base o Guia para Elaboração dos Planos Diretores Participativos (Brasil, 2004), desenvolvido em 2004 pelo Ministério das Cidades, no qual há um capítulo sobre as diretrizes para os municípios, acerca do planejamento territorial rural. Foi escolhido tal referencial por ser o mais completo guia sobre a temática institucionalmente elaborado.

Além disso, tem-se como referência os dados constantes na Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC, realizada em 2017 pelo IBGE, uma vez que nela estão dispostos dados sobre as legislações voltadas para as zonas rurais.

No entanto, o presente estudo obteve dificuldades para encontrar dados concretos sobre a quantidade da população residente nas zonas rurais e urbanas dos municípios do Rio Grande do Norte. O último censo ocorreu em 2010, sendo dados antigos e que contém algumas incongruências, como por exemplo, aponta que o município de Natal é 100% urbano, quando se sabe que há alguns espaços agrícolas, mesmo que pequenos.

Por fim, necessário apontar que se trata de uma pesquisa quantitativa e qualitativa, que além dos apontamentos supramencionados, com o intuito de atender ao proposto, tem também uma bibliografia tratando sobre a interação entre “campo” e “cidade”, questões sobre a Região Metropolitana e o Planejamento Territorial no Brasil e no Rio Grande do Norte.

2 A REALIDADE DO CAMPO E DA CIDADE NO PLANEJAMENTO TERRITORIAL

De forma a compreender as nuances do planejamento rural e urbano, é necessário entender a relação entre o urbano e o rural na contemporaneidade. Para Marx, a cidade é o local de desenvolvimento da atividade intelectual (política e administrativa), enquanto o campo desenvolve o trabalho material. Com essa divisão social do trabalho, há uma relação de poder da cidade sobre o campo. Da cidade nasce o controle e a orientação material, religiosa e até de consciência para o campo (Santos, 1993), que acaba ocupando um papel de antagonismo frente a modernidade.

Já Milton Santos (1994) compreende que “a produção já não é mais definida como trabalho intelectual sobre a natureza natural, mas como o trabalho intelectual vivo sobre o

trabalho intelectual morto, natureza artificial". Dessa forma, conclui que o "fato da cidade" é também o "fato do campo", informação e tecnologia também fazem parte do campo, caindo por terra a ideia arcaica de que a ruralidade é sinônimo de atraso (Santos, 1994). O que Santos (1994) chama de meio técnico-científico-informacional se tornou a cara do espaço. A produção de sementes, a forma de fertilizar o solo e a proteção às plantas, tudo é fundado em uma informação. Desempenha-se atividades econômicas que fazem o campo participar do comércio internacional, fazendo com que determinados lugares sejam mundiais.

A mundialização é, de uma forma resumida, sem levar em consideração suas múltiplas implicações, uma crescente integração dos mais plurais segmentos do mundo, por meio das trocas e do desenvolvimento de novas tecnologias (Benko, 2002). Processos que o campo não está desvinculado. Assim, a modernização brasileira chegou ao campo tendo como base um padrão urbano-industrial, lutando por máquinas, insumos materiais e intelectuais, além de uma mão de obra qualificada. Tal realidade repeliu os trabalhadores da agricultura, que passaram a viver cada vez mais em uma realidade urbana (Santos, 1993).

A arcaica dicotomia entre o que é campo e o que é cidade não contempla mais a realidade brasileira, rural e urbano se dão de forma conectada. São partes de uma engrenagem que se relacionam sem, contudo, se transformarem em apenas um fenômeno (Santos, 1993). Além disso, as atividades exigem uma contribuição da ciência e da tecnologia, que, por muitas vezes, sobrepõe e substitui a natureza (Santos, 1993). No entanto, é importante esclarecer que a dicotomia entre "rural" e "urbano" foi e tem sido amplamente utilizada nas legislações brasileiras, como, por exemplo, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25.10.1966), que divide a cobrança de imposto a partir da classificação de área urbana e rural (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU; Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR) (IBGE, 2023).

O espaço rural possui diversos tipos de realidades: pessoas que vivem apenas 15 horas ali, uma vez que laboram em uma cidade vizinha; indivíduos que vão apenas nos finais de semana, uma vez que estudam na Universidade localizada na cidade vizinha; sujeitos que só passam um mês durante o ano, posto que se mudaram para a cidade. Em resumo, há uma troca contínua de pessoas com atitudes, gostos e temperamentos diversos, criando um mundo de opções de atitudes, bens e serviços (Orea, 1992, p. 24), um lugar de trocas. Vê-se, portanto, que as transformações aproximaram populações rurais e urbanas, demonstrando uma simbiose entre valores e modos de vida do campo e da cidade (IBGE, 2023).

Nesse sentido, Milton Santos (1994) aponta que a cidade se tornou o ponto de regulação do que se faz no campo, assegurando a cooperação imposta pela divisão do trabalho agrícola. Em outra via, a cidade se adaptou para responder os novos desafios do

campo, fazendo com que a cidade abandone a ideia de "cidade no campo" e se torne a "cidade do campo". Uma organização diferente da apontada por Marx.

Embora exista uma correlação entre campo e cidade, torna-se de extrema importância enfatizar que os conceitos não se tornaram iguais. Em que pese exista determinada homogeneidade das condições de existência, posse de serviços, as diferenças sociais são verificadas, há uma identidade e reivindicações próprias do urbano e outras do rural (WANDERLEI, 2000).

Pode-se aferir, assim, que o Planejamento Territorial no Brasil, de forma sistemática, surgiu com a urbanização, com a concentração de pessoas nas cidades, que foi além da capacidade territorial, decorrentes do exagerado aumento de relações sociais e dos fluxos. Contudo, muitas dessas relações, hoje, reproduzem-se no em áreas menos urbanizadas, ou seja, mais "rurais", tendo como consequência a necessidade de ações de planejamento voltadas para as suas peculiaridades (Krambeck, 2007).

Dessa forma, o planejamento territorial rural deve levar em conta as relações próprias do campo, como valores culturais, de uso, valores éticos (SABOURIN, TEIXEIRA, 2002), sem, contudo, deixar de considerar as novas dinâmicas narradas, a relação entre o campo e a cidade. Os Planos Diretores precisam refletir isso para melhorar a qualidade de vida local e regional. Nessa via, a presente pesquisa foca tal reflexão sobre os municípios que compõem a Região Metropolitana de Natal, pela importância de pensar o seu Planejamento Territorial para um desenvolvimento integrado e complementar das estruturas que a constituem.

Diante do exposto, é importante esclarecer que, atualmente, vê-se a dualidade entre rural e urbano como uma forma de captar o mundo, que, no passado, sinalizava uma oposição; no entanto, hoje, são concepções complementares. Além disso, importa destacar que, atualmente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza além dos conceitos de espaços urbanos e rurais, o conceito de espaço da natureza, os quais são desmembrados em subcategorias que visam expressar o *continuum* rural-urbano-natureza (IBGE, 2023, p. 65).

3 A REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL

A metropolização, para Guy Di Méo (2008), é a concentração populacional em determinadas áreas urbanas, que utiliza tecnologias em larga escala e se dedica ao setor de serviços, além de se conectar a uma rede mundial. Assim, a partir de um polo, que detém uma capacidade de atração, princípios de organização, ordem no espaço geográfico, preenchendo uma série de funções, como política, econômica e ideológica,

tem-se conjuntos territoriais de portes variáveis, que se dividem em territórios nacionais até metrópoles mundiais, além de cidades globais (Di Méo, 2008).

A Constituição de 1988 (CRFB/88) aponta que os Estados poderão criar Regiões Metropolitanas para planejamento de funções públicas de interesse comum (Brasil, 1998). A institucionalização de uma Região Metropolitana busca a promoção do desenvolvimento regional, o fortalecimento da posição da região na rede de cidades do país, até mesmo na rede global (Costa, 2013). No Brasil, principalmente após a CRFB/88, ocorreu uma separação entre o que é uma metrópole e o que é uma Região Metropolitana. Para se ter uma ideia, têm-se pouco mais de cinquenta Regiões Metropolitanas, enquanto há em média vinte metrópoles no país (Costa, 2013).

Para Olga Firkowski (2012), a inexistência de uma política metropolitana nacional, bem como a inexistência de critérios claros para a criação das Regiões Metropolitanas proporcionaram uma livre argumentação para a sua criação, subordinada aos interesses estaduais. As Regiões Metropolitanas podiam ser instituídas com base em qualquer critério ou até mesmo sem nenhum (Costa, 2013). Dessa forma, segundo Marco Aurélio Costa (2013, p. 324), a criação de instrumentos de regionalização não possuía relação com os processos socioespaciais de desenvolvimento dos espaços metropolitanos.

No Brasil, ocorreu uma proliferação de RMs, por questões políticas, que buscavam se beneficiar dos programas de governo que visavam o desenvolvimento de regiões efetivamente metropolitanas (Moura; Pêgo, 2016).

A Região Metropolitana de Natal foi criada nesse contexto, instituída pela Lei Complementar nº 152 de 1997, ocupando uma área equivalente a 7% do território do Estado do Rio Grande do Norte, comportando, no entanto, 46% da população estadual (SILVA, 2018). Quando da sua constituição, a RM abrigava apenas os municípios de Natal, Parnamirim, São Gonçalo do Amarante, Macaíba, Ceará-Mirim e Extremoz, sendo adicionados em 2002, São José do Mipibu e Nísia Floresta, em 2005, Monte Alegre, Vera Cruz em 2009, Maxaranguape em 2013, Ielmo Marinho, Arês e Goianinha em 2015 (SILVA, 2018). Em 2019, foi adicionado o município de Bom Jesus.

Em 2015, como meio de disciplinar a criação de Regiões Metropolitanas, o Estatuto da Metrópole dispôs, em seu artigo 2º, questões objetivas que passaram a nortear a sua criação. Contudo, a decisão de reconfigurar as RMs já institucionalizadas ficou a cargo dos estados (Moura; Pêgo, 2016), o que não foi feito na Região Metropolitana de Natal, que permaneceu com a mesma configuração, adicionando em 2019 o município de Bom Jesus. Tal ação é um retrato das escolhas políticas para a criação da Região Metropolitana de Natal. Segundo Silva (2018), em alguns municípios que a constitui não é observada a conurbação, movimento característico de uma Região Metropolitana.

Assim, a RMN tem seus municípios divididos em metrópole funcional, àquela que concentra o maior fluxo de atividades, migrações, processos produtivos, constituída pelos municípios de Natal, Parnamirim, Macaíba São Gonçalo do Amarante e Extremoz; e a metrópole institucional, representada pelos demais municípios (Silva; Silveira; Almeida, 2019).

Principalmente esses demais municípios têm uma concentração considerável de população rural, conforme a Tabela 01, que foi desenvolvida conforme dados extraídos do censo populacional de 2010 (IBGE, 2012). Além disso, a partir pesquisa e dados disponibilizados pelo IBGE em 2023, foi feita uma atualização da Tabela 1 a fim de demonstrar o grau de urbanização dos municípios indicados. Denota-se, portanto, que o referido órgão preferiu disponibilizar dados que denotam o grau de urbanização dos municípios em vez de separar a população em "rural" e "urbana" nessa atualização de 2023 (IBGE, 2023).⁷⁶

Figura 01 - População rural e urbana em 2010 e grau de urbanização

Município	População Rural (%)	População Urbana (%)	Grau de urbanização⁷⁷
Arês	38	62	67,86
Bom Jesus	28	72	77,57
Ceará-Mirim	48	52	50,20
Extremoz	36	64	95,11

⁷⁶ Os dados utilizados estão disponíveis em planilha disponibilizada pelo IBGE no seguinte endereço eletrônico: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15790-classificacao-rural-e-urbana.html?=&t=downloads> Acesso em: 20 dez. 2023.

⁷⁷ Denota-se que em que pese a pesquisa do IBGE referenciada seja de 2023, ela não foi feita com dados do último censo. Até a presente data (20/12/2023), o IBGE ainda não lançou em seu banco de dados um comparativo da população rural e urbana.

Goianinha	31	69	76,07
Macaíba	39	61	95,11
Monte Alegre	56	44	48,52
Natal	0	100	95,1178
Nísia Floresta	61	39	46,16
Parnamirim	0	100	95,11
São Gonçalo do Amarante	15	85	95,11
São José de Mipibu	54	46	46,16
Vera Cruz	56	44	45,50
Maxaranguape	63	37	35,72
Ielmo Marinho	87	13	0

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do IBGE 2010

Necessário de antemão, no entanto, compreender que tais dados não demonstram de forma precisa a questão urbana e rural de cada município, principalmente naqueles que são apontados como 100% urbanos, uma vez que há em tais municípios uma “presença de práticas agrícolas e do próprio modo de vida rural” (Santos, 2015). Contudo, tais dados são preciosos para apontar uma noção do quanto o rural está presente na Região

⁷⁸ Os números aparecem os mesmo para Natal, Extremoz, Macaíba, Parnamirim e São Gonçalo do Amarante em razão de serem considerados uma concentração urbana. De acordo com o IBGE (2023, p. 171), concentração urbana é um “Arranjo Populacional ou Município Isolado com mais de 100 000 habitantes e que possui a urbanização como principal processo indutor da integração e da contiguidade espacial.”

Metropolitana de Natal e a importância do planejamento dessas áreas para o seu desenvolvimento.

Observa-se, levando em consideração o Censo de 2010 (tabela 01), que a RMN possui 13 municípios com área rural, excluindo apenas Natal e Parnamirim. Desses 13 municípios, 06 possuem um percentual com mais de 50% de população habitando no dito meio rural.

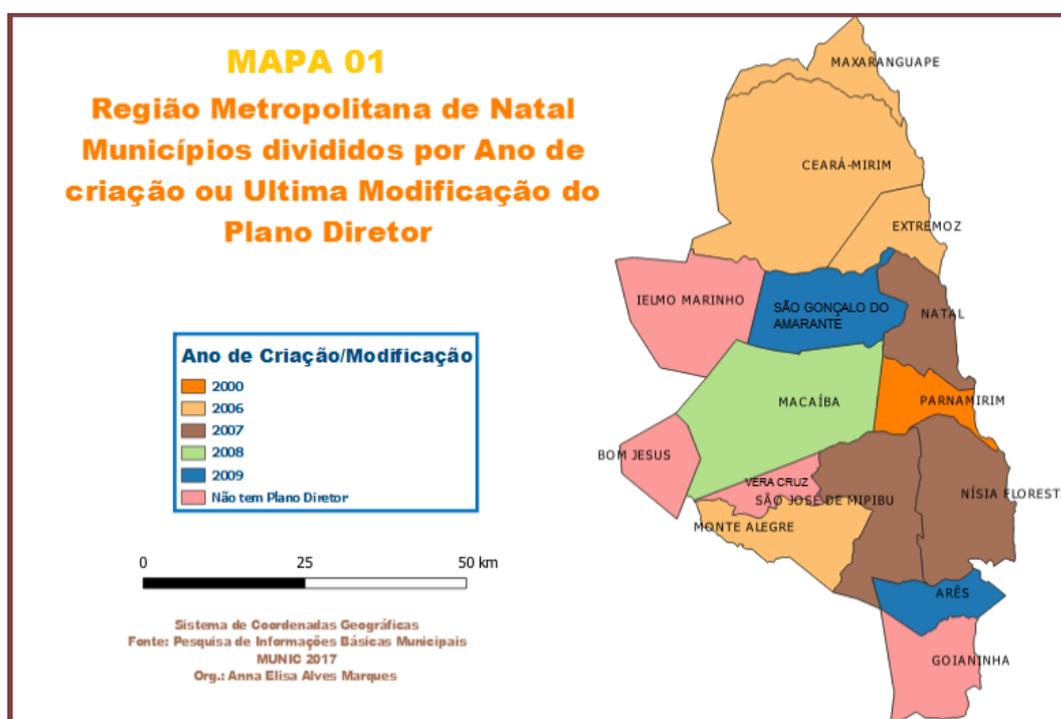
Assim, diante da apresentada taxa de população do meio rural na RMN, é importante que para o seu desenvolvimento se empondere o planejamento territorial das zonas rurais dos municípios. Além disso, que se pense uma gestão integrada desse planejamento rural.

Sobre o assunto, Trindade (2005) aponta que uma das peculiaridades da RM é sua capacidade de integração, dessa forma, pensar o desenvolvimento territorial de forma integrada para a criação de políticas públicas é de grande valia para a integração e o desenvolvimento da região. Tendo em vista a importância de uma política para o desenvolvimento da Região Metropolitana, necessário a compreensão de como se desenvolvem as áreas rurais nos Planos Diretores dos municípios da Região Metropolitana de Natal e se há uma interação entre eles.

3.1 Os Planos Diretores da região metropolitana de Natal e o rural

Dentre os 15 municípios da Região Metropolitana de Natal, 04 não possuem Plano Diretor, conforme o Mapa 01, são eles: Vera Cruz, incluído na RMN em 2009; Ielmo Marinho e Goianinha em 2015, e Bom Jesus, incluso em 2019. Tal realidade vai em via oposta às diretrizes do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), que dispõe em seu artigo 41 a obrigatoriedade de municípios integrantes de Regiões Metropolitanas produzirem seus Planos Diretores (PDs). Além disso, nenhum dos Planos já desenvolvidos se encontra atualizado, em desrespeito ao artigo 40 da já citada norma, que aponta a necessidade de revisão a cada 10 anos.

Figura 02 - Região Metropolitana de Natal



Fonte: Elaboração própria com base em MUNIC 2017

Tendo em vista esta preliminar análise, que se direcionou a elaboração dos Planos Diretores no geral, já se pode compreender que os municípios da RMN não conduzem, de maneira geral, seus Planejamentos Territoriais como direciona o Estatuto da Cidade.

Analisa-se agora a questão voltada para o rural. O Ministério das Cidades em parceria com o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia desenvolveu em 2004 um Guia para Elaboração dos Planos Diretores Participativos (Brasil). Durante a pesquisa realizada, esse foi o único instrumento institucional encontrado que trata de um tópico específico para direcionar os gestores e as comunidades a pensarem no planejamento territorial das zonas rurais.

Tendo em vista que o Estatuto da Cidade foi desenvolvido há quase 20 anos, tem-se uma preâmbular compreensão do descaso do Poder Público com relação a questões do rural nos Planos Diretores, em que pese a obrigatoriedade dos municípios tratarem de ambos.

Passado esse adendo inicial, na busca por compreender como os municípios da Região Metropolitana encaram o meio rural em seus Planos Diretores, utiliza-se o documento elaborado pelo Ministério para nortear quais os direcionamentos que o PD

deve ter para compreender de forma mínima as necessidades do rural no Planejamento Territorial.

O documento supramencionado dividiu a questão em quatro tópicos principais: o macrozoneamento rural; o parcelamento do solo rural; a regularização das ocupações na zona rural e a leitura socioterritorial da zona rural. A título de metodologia, o presente artigo destrinchará cada tópico, comparando-o com o disposto nos Planos Diretores da RMN, de acordo com a pesquisa realizada pelo IBGE em 2017, a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC).

O Macrozoneamento Rural trata da leitura socioterritorial das zonas rurais, que tem suas peculiaridades em relação às urbanas. Trata da destinação socioeconômica e ambiental das diversas partes do território municipal. Identifica-se as áreas de prioridade, as secundárias, as restritas, com base nas capacidades municipais, como energia elétrica, fornecimento de gás, coleta de esgoto.

Aqui se verifica se o município possui áreas especiais e quais são, abordando a questão da preservação ambiental de determinados segmentos. O documento ressalta a importância da identificação do solo, topografias, acessibilidade e quais as adequações para os diferentes tipos de produções.

Além disso, chama-se atenção para a necessidade de ter um cuidado especial com as áreas periurbanas. Essas áreas, em geral, passam pelo processo de reestruturação fundiária e conversão do uso da terra, sendo áreas bem indefinidas, sendo consideradas um problema para o Poder Público. No entanto, há potencialidades dessas áreas, que podem ser utilizadas para a introdução de novos padrões de produção agrícola.

De acordo com a MUNIC de 2017, no entanto, apenas 03 municípios da RMN legislaram sobre o Zoneamento Rural, são eles: Arês; Macaíba e Nísia Floresta (IBGE, 2017). No tocante ao Parcelamento do Solo Rural, os autores apontam o papel de protagonismo do INCRA, que possui instruções normativas para o tema. Entretanto, tendo em vista a vasta quantidade de ocupações clandestinas nos municípios brasileiros e sendo o município o responsável por legislar sobre os interesses locais, o município deve tomar para si a responsabilidade dessa regulação, que deve ocorrer de forma a dialogar com o instituto.

Deve-se, assim, buscar o cumprimento da Lei 6.766/79 sobre o tema, de forma a abranger as áreas existentes e as que seja interessante a realização de novos parcelamentos, levando em consideração o macrozoneamento rural, de forma a combater os vazios urbanos.

Tais medidas convergem para o objetivo primordial do PD, que é a promoção de um desenvolvimento territorial socialmente justo e ambientalmente equilibrado. Apenas 03 municípios da Região Metropolitana seguem este tópico, Arês, Macaíba e Nísia Floresta (IBGE, 2017).

A regularização das ocupações na zona rural, por sua vez, torna-se importante tendo em vista a pluralidade de dimensões das ocupações irregulares na zona, assim, para cada situação é imprescindível uma estratégia para ela voltada.

É necessário definir os critérios para identificar os segmentos que podem ser regularizáveis, tendo em vista as áreas de risco, questões ambientais, renda da população que ocupa. Imprescindível, assim, estabelecer os critérios para identificação dos núcleos regularizáveis e as estratégias para as suas regulamentações, definindo, ainda, as responsabilidades dos atores envolvidos.

Os autores destacam a importância de se adotar medidas preventivas, de forma a evitar que se produzam novos núcleos clandestinos e irregulares, além de se ter em mente que não se pode focar na proteção da propriedade em si, mas na articulação entre a sua proteção e a sua função social.

Ao analisar as diretrizes dos Planos Diretores, afere-se que dentre os 15 municípios da RMN, apenas 03 apresentam direcionamentos para a regulação fundiária de ocupações da zona rural, são eles: Macaíba; Maxaranguape e São Gonçalo do Amarante.

Não há na MUNIC 2017 um tópico sobre a existência de Planos Diretores que aponte a necessidade de regulação fundiária das áreas rurais, contudo, há um segmento que trata sobre a realização de programas ou ações no geral, para áreas urbanas e rurais, entre os anos de 2015 e 2016. Nesta pesquisa consta que nos anos tratados, apenas as prefeituras de Natal e São Gonçalo do Amarante realizaram algum programa ou ação voltado para a regulação fundiária (IBGE, 2017).

A Leitura Socioterritorial da Zona Rural, por fim, deve-se orientar pela coleta, sistematização e análise das informações e problemas do município. Trata-se de uma leitura capaz de desenvolver estratégias para serem incorporadas no Plano Diretor que visem a consolidação da função social da propriedade. Assim, a elaboração dessa leitura deve levar em consideração: questões econômicas, políticas, sociais, ambientais, com a participação dos atores sociais que ocupam o município.

Interessante observar aspectos como a existência de cooperativas, as nuances da agricultura familiar, o desenvolvimento da agroindústria, as condições das áreas de proteção ambiental. Além disso, mapear a existência de zonas passíveis de conflitos, como

áreas que podem causar impacto para a vizinhança, por exemplo a produção de cana-de-açúcar que produz fuligem e pode causar reflexos para a saúde da comunidade.

Em que pese a importância de mapear essas características, peculiaridades, que podem ser encontradas nos municípios de formas diferentes, nota-se que os Planos Diretores da RMN não tratam com profundidade, em sua maioria os aspectos peculiares de suas zonas rurais.

A questão desse não aprofundamento foi mapeada pelo Ministério das Cidades em 2011, na pesquisa denominada "Projeto Rede de Avaliação e Capacitação para a Implementação dos Planos Diretores Participativos".

No referido, foi constatado que após o Estatuto da Cidade, um grande número de municípios elaboraram seus Planos, contudo, ocorreu uma inadequação nas suas produções, o que gera deficiências na sua aplicabilidade (Pinto, 2011). Aferiu-se que há uma precariedade de disposições sobre as configurações e os instrumentos de cada território. Um Plano Diretor para ser eficaz necessita definir como cada segmento do município cumprirá sua função social, apresentando com clareza a configuração do espaço e dos instrumentos constantes, conforme a Resolução nº 34 do Conselho Nacional das Cidades (Pinto, 2011).

Os autores fizeram diversas reflexões sobre as causas que desencadearam a ausência de tais dados, dentre elas explanaram: uma leitura técnica e comunitária mal elaborada; poucos recursos humanos e financeiros de cada município; descaso dos gestores e baixa capacidade institucional e técnica (Pinto, 2011).

Sendo precária a leitura socioambiental do município como o todo, quando se olha para o rural as questões se agravam e o descaso com as definições dos segmentos territoriais é ainda mais intenso (Pinto, 2011).

Pelo exposto, pode-se compreender que as articulações dos Planos Diretores da RMN, em sua maioria, não olham para o desenvolvimento Territorial Rural, de forma a não desenvolver as suas peculiaridades em um contexto que ele está imerso ao meio técnico-científico-informacional.

Para além de uma questão municipal, tem-se que, conforme o artigo 10 do Estatuto da Metrópole, que as Regiões Metropolitanas devem compatibilizar os seus Planos Diretores com o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI).

Acontece que a RMN não implementou o plano, em decorrência da ausência de iniciativa da gestão estadual, o que dificulta a compatibilização dos Planos Diretores entre

si (Silva, 2017). Além disso, conforme aponta Silva (2017), “a ausência de identidade metropolitana entre os municípios das Rms, aliada à prevalência do pensamento do “municipalismo autárquico”, torna difícil a integração da metrópole em volta do pensamento coletivo”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o Estatuto da Cidade, os municípios brasileiros foram influenciados a produzir os seus Planos Diretores. No caso dos municípios da Região Metropolitana de Natal, dos 15, apenas 04 ainda permanecem sem o instrumento. Quanto à revisão a cada 10 anos, a situação é que eles não cumprem tal prazo, tendo a capital Natal, a exemplo, revisado o seu PD apenas quatro anos após o estipulado em lei.

Dos dados analisando, conclui-se que os municípios também não atendem de forma ampla as diretrizes do guia elaborado pelo Ministério da Cidade em 2004, em especial em relação ao planejamento das áreas rurais. Perpetua-se a mentalidade de que tais zonas são sinônimos de atraso, secundários no planejamento territorial. Essa ultrapassada reflexão prejudica o desenvolvimento da RM de Natal, uma vez que ignora as peculiaridades das zonas rurais de cada município, que são significativas, podendo significar a formulação de políticas genéricas, inadequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benko, Georges. Mundialização da economia, metropolização do mundo. **Revista do Departamento de Geografia da USP**. São Paulo: FFLCH, n. 15, 2002, p. 45-54.

Brasil. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Brasil. **Estatuto da Cidade**. Lei Nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Brasil. (2015a, 12 de janeiro). Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. **Institui o Estatuto da MetrÓpole**, altera a Lei n 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. Recuperado em 24 de março de 2015, de www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm

Brasil. Raquel Rolnik. Ministério das Cidades (Org.). **PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO: guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos**. Brasil, 2004. 160 p. (PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO: guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos).

Bueno, L. M. de M.; Cymbalista, R. Apresentação. In: Bueno, L. M. de M.; Cymbalista, R. (Org.). **Planos diretores municipais: novos conceitos de planejamento territorial**. São Paulo: Annablume, 2007.

Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Costa, Marco Aurélio; TSUKUMO, Isadora T. L. (Orgs.). **40 anos de regiões metropolitanas no Brasil**. Brasília: Ipea, 2013.

Di Méo, Guy. Introdução ao debate sobre a metropolização. **Confins** [on-line], n. 4, São Paulo, 2008, p. 2-11.

Faria, Vilmar. **Cinquenta Anos de Urbanização no Brasil**. Novos Estudos CEBRAP, Edição 29 - Março de 1991.

Faria, V. **O sistema urbano brasileiro**. *Estudos CEBRAP*. São Paulo, Edições CEBRAP, nº 18, 91-116, 1976.

FIRKOWSKI, Olga. L. C. F. Porque as Regiões Metropolitanas no Brasil são Regiões, mas não são metropolitanas. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*. Curitiba n.122, p.19-38, jan./jun 2012.

Gorsdorf, Leandro Franklin. **A dimensão metropolitana nos planos diretores municipais da Região Metropolitana de Curitiba**. In: Moura, Rosa; FIRKOWSKI, Olga L. C. F. (Org.). **Dinâmicas intrametropolitanas e produção do espaço na Região Metropolitana de Curitiba**. Rio de Janeiro: Observatório das Metrôpoles, Observatório de Políticas Públicas; Curitiba: Letra Capital, 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos municípios brasileiros. Pesquisa de informação básica municipais**. Brasil, 2017. Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/>. Acesso: jun. de 2019.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Proposta metodológica para classificação dos espaços do rural, do urbano e da natureza no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. 174 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2102019> Acesso em: 20 dez. 2023.

Mesquita, Amanda Pires; Ferreira, William Rodrigues. O RURAL NO PLANEJAMENTO MUNICIPAL: perspectivas e possibilidades a partir do Plano Diretor Municipal. **Revista Equador (ufpi)**, Piauí, v. 6, n. 1, p.20-39, 2017.

Moura, Rosa e Pêgo, Bolivar. Aglomerações urbanas no Brasil e na América do Sul : trajetórias e novas configurações. Rio de Janeiro. IPEA, junho de 2016. Texto para discussão.

Moyano Estrada, E. "**La agricultura entre el nuevo y el viejo corporativismo**". In: YRUELA, M.P. e GINER, S. El corporativismo en España. Barcelona, Ariel, 1988.

Orea, Domingo Gómez. **Planificación Rural**. Madrid: Editora Agrícola Española, 1992.

Pessoa, Zoraide Souza. **UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO PENDULAR NA DEFINIÇÃO DA ESPACIALIDADE TERRITORIAL E SOCIAL NA RMNATAL**. In: XI ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR. 2005, Bahia: ISSN 1984-8781, 2005. p. 1 - 13.

Pinto, João Baptista (Ed.). **Projeto Rede de Avaliação e Capacitação para a Implementação dos Planos Diretores Participativos**. Rio de Janeiro: Orlando Alves dos Santos Junior e Daniel Todtmann Montandon (orgs.), 2011. observatório das Metrôpoles - Ippur/ufpr, 2011. 296 p.

Pontes, Daniele Regina; Faria, José Ricardo Vargas de. **Direito Municipal e Urbanístico**. Ed. rev., Curitiba, PR:IESDE, 2012.

Sabourin, Eric. Teixeira, Olivio. In: Sabourin Eric (ed.), Teixeira Olivio Alberto (ed.). **Planejamento e desenvolvimento dos territórios rurais: Conceitos, controvérsias e experiências**. Petrolina : EMBRAPA, p. 21-37, 2002.

Santos, Milton. **A urbanização brasileira**. 2. Ed. São Paulo: Hucitec, 1993. 157 p.

_____, Milton. **Técnica, espaço e tempo**. 1994.

Souza, Marcelo Lopes de. **ABC do desenvolvimento urbano**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2005

Santoro, Paula (Org.); PINHEIRO, Edie (Org.) **O município e as áreas rurais**. São Paulo, Instituto Pólis, 2004. 64 p.

Silva, Brunno Costa do Nascimento. Anais do Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas. v. 2, n. 2, 2017. PERSPECTIVA DE UMA METRÓPOLE EM FORMAÇÃO: COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO NA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL/RN. In:

ENEPCP. 2017, Natal. **Anais do Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas**. Natal: 2017. v. 2, p. 1173 – 1198.

Silva, Brunno Costa do Nascimento et al. PERSPECTIVA DE UMA METRÓPOLE EM FORMAÇÃO: COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO NA REGIÃO METROPOLITANA DE NATAL/RN. **Interfaces Científicas**, Aracajú, v. 6, n. 3, p.71-86, jun. 2018. Semestral.

Silva, Brunno Costa do Nascimento; SILVEIRA, Raquel Maria da Costa; ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento. DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA METRÓPOLE: O Caso da Região Metropolitana de Natal/RN. In: ENANPUR, 18., 2019, Natal, 2019. p. 1 - 25.

Telles, V. **Sociedade civil e os caminhos (incertos) da cidadania**, *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, 8(2) 1994.

VILLAÇA, Flávio. **Dilemas do Plano Diretor. O Município no Século XXI: Cenários e Perspectivas**, Minas Gerais, p.237-247, 2011.

WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel A emergência de uma nova ruralidade nas sociedades modernas avançadas – o “rural” como espaço singular e ator coletivo. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, p. 87-145, 2000.